

HELENICE DA APARECIDA DAMBRÓS BRAUN

**A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS PELO DIREITO BRASILEIRO**

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 2001

HELENICE DA APARECIDA DAMBRÓS BRAUN

**A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS PELO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-
Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina, como requisito
à obtenção do título de Mestre em Direito.

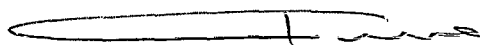
Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Odete Maria de Oliveira.

FLORIANÓPOLIS, FEVEREIRO DE 2001

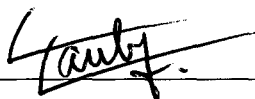
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
TURMA ESPECIAL – UNOESC/CHAPECÓ

**A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS PELO DIREITO BRASILEIRO**

HELENICE DA APARECIDA DAMBRÓS BRAUN



Dra. Odete Maria de Oliveira
Professora Orientadora




Dr. Cristhian Guy Caubet
Coordenador do CPGD/UFSC

Florianópolis, fevereiro de 2001.

HELENICE DA APARECIDA DAMBRÓS BRAUN

**A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS
HUMANOS PELO DIREITO BRASILEIRO**

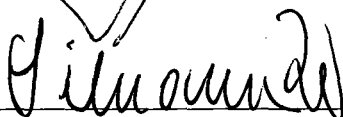
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de
MESTRE EM DIREITO no Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina com a seguinte Banca Examinadora:



Profª. Dra. Odete Maria de Oliveira – Presidente



Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel – Membro



Profª. Dra. Silvana Winckler – Membro

Florianópolis (SC), 28 de fevereiro de 2001.

AGRADECIMENTOS

À Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Campus de Chapecó, na pessoa do Professor Mestre e Diretor do Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Idir Canzi, que não mediu esforços para que se concretizasse o convênio com a Universidade Federal de Santa Catarina, para o oferecimento do Curso de Mestrado em Direito – Turma Especial de Chapecó – SC, proporcionando, dessa forma, o aperfeiçoamento do quadro docente do Curso de Direito do Campus de Chapecó.

À Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), na pessoa do Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito, Professor Doutor Ubaldo Cesar Balthazar, ao Coordenador Especial da Turma de Mestrado em Direito UFSC-UNOESC, Professor Doutor Luiz Otávio Pimentel.

À orientadora, Professora Doutora Maria Odete de Oliveira, pelo apoio e incentivo incondicional, em todos os momentos dessa jornada, e pelos ensinamentos de vida obtidos durante esse período de convivência.

À Professora Doutora Silvana Winckler, pelo auxílio na construção desse trabalho, com sugestões constantes.

Às amigas Deicy Isabel Winckler e Maria Aparecida Lucca Caovilla, pelos momentos de dúvidas e certezas compartilhados, fazendo com que os laços de amizade fossem fortalecidos.

Por fim, a todos aqueles que lutam pela concretização real e efetiva dos direitos humanos em nosso país e demais países de nosso Planeta.

RESUMO

O presente trabalho visa a realizar um estudo sobre os tratados de direitos humanos e, em especial, a forma de incorporação desses tratados no sistema jurídico brasileiro. O primeiro capítulo abrange uma contextualização introdutória acerca dos tratados internacionais tradicionais, considerando a evolução histórica do Direito dos Tratados; a importância do ramo do Direito Internacional Público, nas modernas relações internacionais, em face da adoção, cada vez maior, da prática dos tratados na área internacional. Focaliza-se, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, no que se refere à regulamentação internacional do Direito dos Tratados.

No segundo capítulo verifica-se como ocorre a incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, destacando as relações entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna. Enfoca-se a interpretação dada ao artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que incluiu, de maneira inédita, os direitos advindos dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

No terceiro capítulo, analisa-se alguns tratados internacionais de proteção dos direitos humanos firmados pelo Brasil, com o objetivo de constatar como o Estado brasileiro instrumentalizou tais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos junto a seu sistema jurídico interno.

RESUMEN

El presente trabajo, objetiva a realizar un estudio sobre los tratados de derechos humanos, en especial, la forma de incorporación de estos tratados en el sistema jurídico brasileiro. El primer capítulo abarca um contexto introductor acerca de los tratados internacionales tradicionales, considerando la evolución histórica del Derecho de los Tratados; la importancia del ramo del Derecho Internacional Público, en las modernas relaciones internacionales, a causa de la adopción, cada vez mayor, de la práctica de los tratados en el area internacional. Se enfoca, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en lo que se refiere a la reglamentación internacional del Derecho de los Tratados.

En el segundo capítulo, se verifica como ocurre la incorporación de los tratados de derechos humanos en el ordem jurídico brasileiro, destacando las relaciones entre el orden jurídico internacional y el orden jurídico interno. Se enfoca la interpretación dada al artículo 5º, parr. 2º, de la Constitución Federal de 1988, lo cual incluye, de forma inédita, los derechos que advengan de los tratados internacionales en los cuales Brasil sea parte.

En el tercer capítulo, se analiza algunos tratados internacionales de protección de los derechos humanos firmados por Brasil, com el objetivo de constatar como el Estado brasileiro há instrumentalizado tales tratados internacionales de protección de los derechos humanos junto a su sistema jurídico interno.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
RESUMEN	vii
INTRODUÇÃO.....	1

CAPÍTULO I. TRATADOS INTERNACIONAIS: CONTEXTUALIZAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1.1. A Evolução do Direito dos Tratados	6
1.1.1. A Questão Terminológica e Conceitual	6
1.1.2. Fonte Principal	8
1.1.3. A Importância da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados	9
1.2. Critério Classificatório	13
1.2.1. As Partes	13
1.2.2. Natureza Jurídica	14
1.2.3. Conteúdo	16
1.3. Formação e Procedimento	16
1.3.1. Negociação e Assinatura	17
1.3.2. Sistema de Reserva	20
1.3.3. Ratificação	22
1.3.4. Publicidade e Efeitos	29
1.4. Condições de Validade	33
1.4.1. Capacidade das Partes.....	33
1.4.2. Habilitação dos Agentes	34
1.4.3. Consentimento das Partes e Objeto Lícito	35
1.5. Aspectos Interpretativos, Modificativos e Extintivos	36

1.5.1. Interpretação Convencional.....	36
1.5.2. A Interpretação Específica.....	37
1.5.3. Possibilidades de Modificação.....	39
1.5.4. Causas de Extinção.....	40

CAPITULO II. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

2.1. Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno.....	44
2.1.1. Aspectos sobre a Teoria Monista.....	45
2.1.2. Aspectos sobre a Teoria Dualista.....	48
2.1.3. O Conflito entre a Norma Internacional e a Norma Interna.....	53
2.2. A Constituição Brasileira de 1988 e os Direitos Fundamentais.....	55
2.2.1. A Questão Terminológica e Conceitual.....	55
2.2.2. Abrangência Normativa Constitucional.....	63
2.2.3. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.....	65
2.2.4. O Princípio da Prevalência.....	66
2.3. A Constituição Brasileira e os Tratados de Direitos Humanos.....	68
2.3.1. Origem dos Tratados de Direitos Humanos.....	68
2.3.2. A Determinação Expressa no Artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988.....	69
2.4. A Incorporação dos Tratados de Direitos Humanos no Direito Brasileiro.....	72
2.4.1. Forma de Incorporação.....	73
2.4.2. Impacto Jurídico.....	79
2.4.3. Interpretação e Aplicação.....	81

CAPITULO III. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FIRMADOS PELO BRASIL

3.1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos.....	85
3.1.1. Processo de Origem e Evolução.....	86
3.1.2. Conteúdo e Instrumentalização.....	91
3.1.3. A Polêmica Discussão sobre os Efeitos Normativos.....	95

3.2. As Conferências Mundiais de Direitos Humanos	98
3.2.1. Conferência Mundial de Direitos Humanos de Teerã	98
3.2.2. Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena	100
3.3. Os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos	104
3.3.1. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....	105
3.3.2. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos	110
3.4. Convenções Internacionais	117
3.4.1. A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher.....	117
3.4.2. A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos e Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes.....	123
3.4.3. A Convenção sobre os Direitos da Criança.....	128
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	137
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	141

INTRODUÇÃO

O objetivo da dissertação foi realizar um estudo sobre os tratados de direitos humanos e, em especial, a forma de incorporação desses tratados no sistema jurídico brasileiro.

Para desenvolver o objetivo proposto, a pesquisa foi dividida em três etapas. A primeira etapa é uma contextualização introdutória sobre os tratados internacionais tradicionais, pois o Direito dos Tratados, a partir do século XX, passou por transformações em razão da nova dinâmica das relações internacionais, o que acarretou um novo tratamento nesta área do Direito Internacional Público. Esse novo enfoque dado aos tratados internacionais também ocorreu em razão do desenvolvimento das relações internacionais, em face do fenômeno da globalização e da interdependência entre os Estados, motivos que estão a desencadear, cada vez mais, a multiplicidade de tratados na área internacional.

São abordados os aspectos da evolução histórica do Direito dos Tratados, a questão terminológica e conceitual, a importância dos tratados internacionais como uma das fontes do Direito Internacional Público e a classificação comumente usada neste campo do Direito. Destaca-se o procedimento adotado na formação dos tratados, bem como o seu procedimento interno de incorporação, adotado no sistema jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo, analisa-se a questão da interpretação dos tratados pelo Direito Internacional Público, classicamente estudados com base no princípio da boa-fé, seguindo-se o texto do tratado e o contexto em que o mesmo foi firmado, e, enfim, o seu objeto próprio, e na interpretação restritiva das cláusulas do tratado, em face do princípio da soberania dos Estados. No que se refere aos tratados de direitos humanos, a questão da

interpretação reside, em razão da natureza especial desses tratados, visto que as obrigações assumidas possuem caráter objetivo, que devem ser garantidas e implementadas coletivamente, já que tratam de temas de interesse público.

Focaliza-se, também, neste capítulo introdutório, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, no que se refere à regulamentação internacional dos Direitos dos Tratados, como sendo um importante referencial nesta área, a qual estabelece regras que objetivam solucionar questões práticas e de ordem geral, atingindo todos os tratados, independentemente de sua natureza.

No segundo capítulo, verifica-se como ocorre a incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. Destaca-se a relação entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna, através de uma breve abordagem dos fundamentos teóricos sobre as teorias monista e dualista, identificando-se a teoria adotada no Brasil. Acentua-se, neste tópico, a discussão sobre a questão da primazia entre a norma internacional e a norma interna, e vice-versa, e, em se abordar os tratados de direitos humanos, concluir se tal discussão apresenta relevância.

Observa-se a maneira da Constituição brasileira de 1988 tratar os direitos fundamentais, pois reflete-se na forma como o Brasil se relaciona internacionalmente, já que a Carta Magna de 1988 significa o marco do processo de democratização do Estado brasileiro, e porque a consolidação das liberdades fundamentais contribuiu para que a política brasileira de direitos humanos mudasse significativamente, em especial naquilo que diz respeito ao reconhecimento das obrigações internacionais sobre o tema, bem como nas transformações ocasionadas no campo das relações internacionais, caracterizando-se uma orientação internacionalista, que se traduz nos princípios elementares do Direito. Entre eles merece especial destaque o princípio da prevalência dos direitos humanos.

Na sequência, enfoca-se o tema da Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial, a previsão do artigo 5º, § 2º, da Carta Magna de 1988, que incluiu, de forma inédita, os direitos advindos dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, conferindo-lhes natureza constitucional. Estuda-se a forma como o Estado brasileiro incorpora, interpreta e aplica os tratados de direitos humanos no plano interno.

Por fim, no terceiro capítulo, analisam-se alguns tratados internacionais mais relevantes de proteção dos direitos humanos firmados pelo Brasil. Neste capítulo, a meta é constatar a forma como o Estado brasileiro introduziu para o seu sistema jurídico interno tais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e, por consequência disso, a maneira como se relaciona com a área do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Na sequência, comenta-se sobre a relevância da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamada após o término da Segunda Guerra Mundial, seu papel fundamental ao tratar dos direitos fundamentais do ser humano e de sua proteção.

A partir dela, acrescentam-se alguns aspectos relevantes firmados por meio do Pacto de Direitos Civis e Políticos e do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de algumas Convenções sobre direitos humanos.

Para a realização deste trabalho, utilizou-se o método dedutivo, adotando como procedimento a análise descritiva e a técnica da pesquisa bibliográfica e documental. Mais especificamente, a pesquisa foi elaborada, na sua maior parte do primeiro, segundo e terceiro capítulos, por meio de investigação bibliográfica, analisando-se também diversos tratados referidos no seu texto.

A elaboração da pesquisa tem como base teórica a reflexão crítica às obras de autores nacionais e estrangeiros que estudam o Direito Internacional Público; o processo de convalidação dos tratados internacionais, especificamente a questão dos tratados

internacionais de direitos humanos e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. Além do estudo propriamente dito do ordenamento jurídico pátrio, no que concerne ao Direito Constitucional, relativo à temática abordada.

Frisa-se que a pesquisa abordou, com mais ênfase, estudiosos brasileiros sobre os direitos humanos, como o professor Antônio Augusto Cançado Trindade e de José Augusto Lindgren Alves, cujos trabalhos evidenciam o uso dos instrumentos de Direito Internacional na proteção dos direitos humanos. Quanto aos autores estrangeiros, deu-se ênfase às formulações do professor espanhol Juan Antonio Carrillo Salcedo, estudioso de destaque na construção da temática sobre direitos humanos, além de outros autores. Finalmente, evidencia-se, que a tradução das obras em idiomas estrangeiros são de total responsabilidade da autora.

CAPÍTULO I

TRATADOS INTERNACIONAIS: CONTEXTUALIZAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O limiar do século XXI aponta nova visão acerca do Direito Internacional Público¹, com ênfase na dinâmica contemporânea das relações internacionais². O Direito Internacional Público, a partir do ano de 1960³, passou a se destacar, com mais evidência, em razão das inúmeras mudanças ocorridas no mundo. Neste sentido, REZEK⁴ destaca que dois fenômenos, introduzidos no século XX, são fundamentais para que se entenda a importância

¹ ARAÚJO, define Direito Internacional Público como sendo *o conjunto de regras jurídicas – consuetudinárias e convencionais – que determinam os direitos e deveres, na órbita internacional, dos Estados, dos indivíduos e das instituições que obtiveram personalidade por acordo entre Estados*. In.: ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Curso de direito internacional público**. p. 3-4. ACCIOLY, considera o Direito Internacional Público como *o conjunto de normas jurídicas que regulam as relações mútuas dos Estados e, subsidiariamente, as das demais pessoas internacionais, como determinadas organizações, e dos indivíduos*. Sobre o termo Direito Internacional o mesmo autor faz as seguintes observações: *A expressão direito internacional (internacional law) surge com Jeremias Bentham, em 1780, que a utilizou em oposição a national law e a municipal law. Traduzida para o francês e demais línguas latinas como direito internacional, a expressão tem sido criticada, visto que para elas a palavra nação não tem o mesmo significado de Estado, como em inglês. Para alguns juristas o mais correto seria falar em direito interestatal, mas atualmente a expressão se acha consagrada, e modificá-la já não se justifica. A palavra público foi acrescentada a fim de distinguir a matéria do direito internacional privado (conflict of laws dos países de língua inglesa) embora o qualificativo seja dispensável. Muitos autores ainda empregam a expressão direito de gentes (law of nations ou völkerrecht), utilizada por Richard Zouch (1650), ou melhor dito jus inter gentes. Esta expressão tem, contudo, o inconveniente de criar confusão com o direito das gentes do direito romano, cujo objetivo era outro. É, contudo, usada freqüentemente como sinônimo de direito internacional, com a vantagem de evitar confusão com o direito internacional privado. Outras expressões têm sido sugeridas, como direito público internacional, com o objetivo de salientar o primado do direito público sobre o privado. É a expressão adotada por Clóvis Beviláqua*. In.: ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. p. 3-4.

² OLIVEIRA citando Norberto Bobbio, define a expressão relações internacionais como *o complexo das relações que intermediam entre os Estados, entendidos quer como aparelhos quer como comunidades, implica na distinção da esfera específica das relações internacionais da esfera das relações internas dos Estados*. In.: OLIVEIRA, Odete Maria de. (coord). *Relações internacionais: breves apontamentos e contextualização*. In: **Relações internacionais & globalização: grandes desafios**. p. 30. Ainda, sobre o tema relações internacionais observa a autora, que *a crescente complexidade da vida internacional deste século XX, marcada por dois grandes conflitos mundiais, a presença de fenômenos de grande relevo como a interdependência no plano econômico, social, político e cultural entre os Estados, o sistema mundial globalizado, o desenvolvimento, sem igual precedentes, da tecnologia e da comunicação instantânea, o emergente surgimento das organizações internacionais pelo método da cooperação interestatal, a consolidação dos blocos de integração econômica em busca de um mercado regional protegido, o comando cada vez mais acentuado das corporações transnacionais que, destituídas de soberania, desconhecendo fronteiras e nacionalidades, possuem de fato um poder bem superior ao de muitos Estados nacionais, restringindo-lhes e debilitando-lhes substancialmente o espaço de decisão, entre outros aspectos, tornaram inevitável a importância e a autonomia da área de conhecimento das relações internacionais*. In: Idem, p. 55.

³ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. p. 12.

⁴ *Este século presencia dois fenômenos novos: a entrada em cena das organizações internacionais, no primeiro pós-guerra – fazendo com que o rol das pessoas jurídicas de direito das gentes, habilitadas a pactuar no plano exterior, já não mais se exaurisse nos Estados soberanos –; e a codificação dos tratados tanto significando a transformação de suas regras costumeiras em regras convencionais, escritas, expressas, elas mesmas no texto de um tratado*. In: Idem, ibidem.

do Direito Internacional Público, isto é, o surgimento das organizações internacionais e a codificação dos direitos dos tratados, já que estes dizem respeito à questão do conteúdo das obrigações assumidas por Estados individuais entre si, e aos efeitos das obrigações decorrentes de um acordo expresso.

O desenvolvimento das relações internacionais, em face da globalização e da interdependência cada vez maiores entre os Estados⁵, são razões pelas quais se multiplicam os tratados na sociedade internacional. Considera-se, ainda, que as obrigações jurídicas entre as unidades estatais decorrem, na maioria das vezes, ou de delitos ou de contratos. A crescente utilização, na prática internacional dos tratados, reveste-se de especial importância ao estudo da presente pesquisa sobre os tratados internacionais, que se concentrará como seu objeto de conhecimento neste momento inicial.

1.1. A Evolução do Direito dos Tratados

1.1.1. A Questão Terminológica e Conceitual

Parte essencial do Direito Internacional Público, o direito dos tratados, até o início do século XX, estava assentado sobre certos princípios gerais, com destaque o princípio *pacta sunt servanda* e o da boa fé, construídos a partir dos costumes, sendo sua origem antiga⁶.

⁵ ALMEIDA, apresenta sua definição de Estado. Neste trabalho, adota-se o conceito de Estado, do autor, que diz: *Estado é a organização política nacional, soberana, composta de órgãos e aparelhos ideológicos públicos e privados, dirigida e dominada por um grupo social, que mantém e justifica sua dominação e obtém o consenso imposto a toda a nação através da força bruta ou por meio da concessão limitada de direitos e liberdades fundamentais. Ou ainda, Estado é a pessoa coletiva de direito público que ocupa ou pleiteia justificadamente um território definido, formada por um povo mais ou menos homogêneo constituído em nação, dotada de soberania e, em consequência desta, portadora de um poder coercitivo, exercido por um grupo social dominante, representante de uma minoria privilegiada ou de uma maioria, o qual dirige todo um complexo de atividades práticas e teóricas atuantes na sociedade civil e política e com as quais justifica e mantém seu domínio e obtém o consenso ativo dos governados através de violências ou através de concessões maiores ou menores no âmbito especialmente dos direitos humanos civis ou sociais.* In: ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. p. 19.

⁶ *O primeiro registro seguro da celebração de um tratado, naturalmente bilateral, é o que se refere à paz entre Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIXª dinastia. Esse tratado, pondo fim à guerra nas terras sírias, num momento situado entre 1280 e 1272 a.C., dispôs sobre a paz perpétua entre os dois reinos, aliança contra inimigos comuns, comércio, migrações e extradição.* REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 11.

O termo tratado pode ser entendido como acordo formal, concluído entre sujeitos de Direito Internacional Público e destinado a produzir efeitos jurídicos nas relações internacionais e na ordem interna das partes⁷. A designação de tratado envolve sempre um acordo de vontades, devendo as partes ser sujeitos de Direito Internacional e atuar nessa qualidade. Terminologicamente, tratado⁸ é o termo genérico que tem como sinônimos as expressões, entre outras, acordo, carta, convenção, pacto, ajuste e protocolo. No Brasil, são utilizadas várias expressões para designar tratado. Entre as mais usuais estão o acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e regulamento⁹. Já a expressão *concordata* é utilizada especificamente para designar tratados em que uma das partes é a Santa Sé, tendo por objeto a organização de culto, a disciplina eclesiástica entre a Igreja católica local e o Estado co-pactuante.

Com referência conceitual, MIRANDA apresenta a seguinte definição, um acordo de vontades entre sujeitos de Direito internacional constitutivo de direitos e deveres ou de outros efeitos nas relações entre eles; ou, doutra perspectiva, um acordo de vontades,

⁷ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 14.

⁸ Segundo ARAÚJO, Convenção e Tratado são expressões sinônimas, embora antigamente se utilizasse a expressão Convenção para indicar os acordos entre Estados, cujos assuntos versavam sobre questões econômicas, comerciais ou administrativas. A designação Tratado era adstrita para os acordos de caráter político. Hoje, não há que se fazer tal distinção. Sustenta, ainda, que internacionalistas como Morton Kaplan e Nicholas Katzenbach têm esta mesma posição, pois existem várias formas de acordos intergovernamentais e vários nomes indiferentemente utilizados. Tais diferenças não têm significado internacional, seja em intenção, seja em interpretação. In.: ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. Op. cit., p. 33-34.

⁹ Afirma MELLO que a terminologia dos tratados é bastante imprecisa. As principais definições do autor são: *Tratado* – é utilizado para acordos solenes, por exemplo, tratado de paz. *Convenção* – é o tratado que cria normas gerais, por exemplo, convenção sobre mar territorial. *Declaração* – é usada para acordos que criam princípios jurídicos ou 'afirmam uma atitude política comum' (ex.: Declaração de Paris de 1856). *Ato* – quando estabelece regras de direito (Ato Geral de Berlim de 1885). (...) *Pacto* – foi utilizado pela primeira vez no Pacto da Liga das Nações. É um tratado solene (Pacto de Renúncia à Guerra de 1928). *Estatuto* – empregado para os tratados coletivos geralmente estabelecendo normas para os tribunais internacionais (Estatuto da CIJ). *Protocolo* – Normalmente pode ter dois significados: a) protocolo de uma conferência, que é ata de uma conferência; b) protocolo-acordo – é um verdadeiro tratado em que são criadas normas jurídicas (Protocolo de Aquisgrana, de 1818, sobre os ministros residentes). É utilizado neste caso como um suplemento a um acordo já existente. *Acordo* – é geralmente usado para os tratados de cunho econômico, financeiro, comercial e cultural (...) *Compromisso* – utilizado para os acordos sobre litígios que vão ser submetidos à arbitragem. *Trocas de notas* – são os acordos sobre matéria administrativa. Tem mais de um instrumento. *Acordos em forma simplificada* – ou acordos executivos – são aqueles que não são submetidos ao Poder Legislativo para aprovação. Muitas vezes feitos por trocas de notas. São concluídos pelo Poder Executivo. *Carta* – é o tratado em que se estabelecem direitos e deveres (Carta Social Européia). É uma forma solene. Utilizado também para os instrumentos constitutivos de organizações internacionais (Carta da ONU). *Convênio* – palavra utilizada para tratados que versam sobre matéria cultural ou transporte. *Acomodação ou compromisso* – palavra não utilizada no Brasil. É um acordo provisório. Rousseau afirma que ele tem por finalidade regulamentar a aplicação de um tratado anterior. In.: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. p. 200-201.

regido pelo Direito internacional, entre sujeitos de Direito internacional; ou ainda, um acordo de vontades entre sujeitos de Direito internacional, agindo enquanto tais, e de que derivam efeitos jurídico-internacionais ou jurídico-internacionalmente relevantes.¹⁰ Por sua vez, ARAÚJO conceitua tratado como um ato jurídico segundo o qual os Estados e Organizações Internacionais que obtiveram personalidade por acordo entre diversos Estados criam, modificam ou extinguem uma relação de direito existente entre eles¹¹. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, no seu artigo 2º, n. 1, alínea 'a', define tratado como um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou vários instrumentos conexos, seja qual for sua designação.

1.1.2. Fonte Principal

Os tratados internacionais entre os Estados são considerados como uma das fontes¹² do Direito Internacional Público e são colocados em escala superior aos das leis internas dos Estados que os firmam. Possuem natureza obrigacional¹³, já que se aplicam aos tratados internacionais os mesmos princípios básicos do direito obrigacional, tais como o

¹⁰ MIRANDA, Jorge. **Direito internacional público**. p. 75.

¹¹ ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. Op. cit., p. 33.

¹² CANÇADO TRINDADE, afirma que, *enquanto alguns autores britânicos, por exemplo, tendem a manter que os tratados não são 'fontes' do direito internacional mas sim fontes de obrigações (Fitzmaurice, Parry), certos autores continentais discordam de tal ponto de vista (Verdross); em posição intermediária entre as escolas britânicas e continental, Maarten Bos propõe, em estudo recente, que os tratados são "fontes" do direito internacional desde que aumentem ou codifiquem o corpus de regras já existentes, e são fontes de obrigações quando, ao contrário, desempenham a função de um contrato no direito interno moderno (...). Assim, no caso de Winbledom (julgamento de 17 de agosto de 1923) a Corte Permanente de Justiça Internacional esclareceu que a conclusão de um tratado, qualquer que seja ele, jamais implica em abandono da soberania do Estado: a faculdade de contrair compromissos internacionais, e seu fiel cumprimento, constituem precisamente atributos da soberania do Estado*. In.: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. p. 10-11.

¹³ *No Direito moderno, o termo pacto significa a cláusula aposta em certos contratos para lhes emprestar feição especial. Pacto não é mais, como no Direito Romano, a convenção desprovida de sanção. Na prática emprega-se a palavra contrato em acepções distintas, ora para designar o negócio jurídico bilateral gerador de obrigações, ora, o instrumento em que se formaliza, seja a escritura pública, o escrito particular de estilo, simples missiva, ou um recibo. Na linguagem corrente, essa sinonímia está generalizada a tal ponto que os leigos supõem haver contrato se o acordo de vontades não estiver reduzido a escrito. Não é a forma escrita que o cria, mas o encontro de duas declarações convergentes de vontades, emitidas no propósito de constituir, regular ou extinguir, entre os declarantes, uma relação jurídica patrimonial de conveniência mútua. Contrato é assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam*. In.: GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 9-10.

princípio da autonomia da vontade e o princípio *pacta sunt servanda*¹⁴. Diferenciam-se apenas quanto ao procedimento e à necessidade de convalidação. Conforme o entendimento de MELLO¹⁵, seguindo a lição de Focsaneanu, um tratado só é fonte do Direito Internacional se ele realmente determinar de modo efetivo o comportamento dos Estados. Admitem-se, inclusive, como fonte do Direito Internacional Público, os acordos entre organizações de comércio exterior, se reunirem tal exigência.

1.1.3. A Importância da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

No que se refere à regulamentação internacional do direito dos tratados¹⁶, é necessário frisar, a importância da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, nessa área.

Preliminarmente, a Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, no ano de 1966, encaminhou projeto de Artigos sobre o Direito dos Tratados para a Assembléia Geral, que ocasionou a convocação para uma conferência internacional em Viena, para análise da proposta e possível elaboração de convenção sobre o tema¹⁷.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969, com vigência a partir de 27 de janeiro de 1980, é um importante referencial quando

¹⁴ O princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Contratual na liberdade de contratar. Significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. No exercício desse poder, toda pessoa capaz tem aptidão para provocar o nascimento de um direito, ou para obrigar-se. Outros conceituam a autonomia de vontade como um aspecto da liberdade de contratar, no qual o poder atribuído aos particulares é o de se traçar determinada conduta para o futuro, relativamente às relações disciplinares da lei. (...) O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. In: GOMES, Orlando. Idem, p. 22-36.

¹⁵ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit., p. 199-200.

¹⁶ Ressalta-se, na área de regulamentação dos tratados, a Convenção de Havana sobre Tratados, firmada em decorrência da realização da Sexta Conferência Internacional Americana de Havana, em 20 de fevereiro de 1928. Tal Convenção contém 21 artigos, ratificada pelos seguintes países: Brasil, Equador, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru e República Dominicana.

¹⁷ CACHAPUZ DE MEDEIROS, observa que, no primeiro período de sessões da Conferência das Nações Unidas sobre o Direito dos Tratados (1968) fizeram-se representar 103 Estados, e no segundo (1969) compareceram 110 delegações. O Brasil participou de ambos. A delegação brasileira foi chefiada, respectivamente pelos embaixadores Gilberto Amado, em 1968, e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, no ano seguinte. No final do segundo período de sessões, a Conferência aprovou, por 79 votos favoráveis (inclusive do Brasil), 1 contrário (França) e 19 abstenções, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, formada de 85 artigos e 1 anexo. In.: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. O poder de celebrar tratados. p. 201.

se aborda o tema de tratados internacionais, e tem como maior preocupação estabelecer regras para que possam ser solucionadas questões práticas e de ordem geral, atingindo todos os tratados, independentemente de sua natureza. Uma das preocupações dos Estados que, através de suas Constituições, estabelecem regras a respeito da competência para celebrar tratados, é que, ao aceitarem uma regulamentação de ordem internacional sobre o tema, poderiam estar em choque com o ordenamento jurídico interno, razão pela qual o processo de aceitação e elaboração de regras específicas sobre o direito dos tratados ocorreu de forma lenta e gradual¹⁸.

A Convenção de Viena não tem cunho declarativo de Direito Internacional geral¹⁹, uma vez que suas disposições são consideradas como uma fonte originária e constitui um código completo das áreas mais importantes do Direito dos Tratados. A Convenção de Viena está dividida em oito partes e um anexo. Os artigos 1º a 41º, são representativos do direito e prática internacionais existentes sobre a matéria. Os artigos 42º a 72º tratam da nulidade, terminação e suspensão de aplicação de tratados. Como já mencionado, a Convenção de Viena considera tratado como designação genérica, significando um acordo internacional independentemente de sua designação em particular. Somente tratados entre

¹⁸ Preocupam-se certos Estados, igualmente, com o potencial da Convenção de Viena para se converter no instrumento jurídico internacional mais utilizado pelos tribunais internos, o que é inevitável, pois sua finalidade é regulamentar a celebração, vigência, observância, validade, aplicação e interpretação dos tratados. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. Idem, p. 261.

¹⁹ No seu todo, esta Convenção não é declarativa do Direito Internacional geral, nem se afirma como tal (ver o preâmbulo). Várias disposições consubstanciam claramente um desenvolvimento progressivo do Direito, declarando o preâmbulo que as questões não reguladas pelas suas disposições continuam a ser regidas pelas regras do Direito Internacional consuetudinário. Não obstante, um número significativo de artigos é essencialmente declarativo do Direito existente, e aquelas disposições que o não são constituem certamente prova presuntiva das regras emergentes do Direito Internacional geral. As disposições da Convenção são normalmente consideradas como uma fonte originária, como o demonstraram, por exemplo, as alegações orais perante o Tribunal Internacional de Justiça no caso Namíbia. No seu Parecer, neste caso, o Tribunal observou: 'As regras enunciadas pela Convenção de Viena [...] respeitantes à cessação da vigência de uma relação convencional por motivo da sua violação (adoptadas sem votos contra) podem, em muitos aspectos, ser consideradas como uma codificação do Direito consuetudinário existente sobre esta questão. In.: BROWNLEE, Ian. Princípios de direito internacional público. p. 628.

Estados são da esfera da Convenção de Viena²⁰.

A Convenção não dispõe sobre o direito que comanda a obrigação internacional dos Estados, mas apenas estabelece regras a respeito dos instrumentos que incorporam tais obrigações, que são os tratados. Apenas tratados entre Estados são da esfera da Convenção de Viena, embora a Corte Interamericana já tenha se pronunciado que certas organizações internacionais possuem personalidade jurídica no plano internacional. Exemplo disso é a Organização das Nações Unidas (ONU)²¹. Em 1969, a Assembléia Geral das Nações Unidas solicitou à Comissão de Direito Internacional a elaboração de um estudo sobre tratados firmados por organizações internacionais. Somente em 1982 foi aprovado um Projeto de Artigos sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais. Nos meses de fevereiro e março de 1986, realizou-se nova conferência, com o objetivo de análise do projeto acerca da matéria e com o objetivo de adotar convenção sobre o assunto. Em 21 de março de 1986 foi aprovada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, composta de 86 artigos e 1 anexo.

Na seção que trata das nulidades dos tratados, a Convenção de Viena incluiu a coação como vício de consentimento, precisamente nos seus artigos 51 e 52. Já os artigos 53 e 64 estabelecem sobre a nulidade e extinção dos tratados que estejam em desarmonia com uma

²⁰ *Somente tratados entre Estados recaem no âmbito da Convenção de Viena (artigo 1), o que é surpreendente depois de ter a Corte Interamericana de Justiça estipulado, em 1949, no caso das Reparações de danos, serem as organizações internacionais (no caso, a ONU) dotadas de personalidade jurídica no plano internacional. No transcorrer da Conferência de Viena de 1968-1969 tal exclusão causou estranheza a muitas delegações (55), tanto que o artigo 3 da Convenção houve por bem acrescentar que a exclusão não prejudicaria o valor jurídico de acordos internacionais entre Estados e outros sujeitos de direito internacional e a aplicação a esses acordos das regras contidas na Convenção às quais estariam submetidos em virtude do direito internacional independentemente da Convenção de Viena. Ao determinar que um acordo internacional deve ser regido pelo direito internacional (artigo 2), a Convenção de Viena deixa claro ser tal acordo, portanto, distinto de instrumentos regidos pelas normas dos sistemas jurídicos internos ou nacionais.* In.: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Op. cit., p. 12.

²¹ *No transcorrer da Conferência de Viena de 1968-1969 tal exclusão causou estranheza a muitas delegações (55), tanto que o artigo 3 da Convenção houve por bem acrescentar que a exclusão não prejudicaria o valor jurídico de acordos internacionais entre Estados e outros sujeitos de direito internacional e a aplicação a esses acordos das regras contidas na Convenção às quais estariam submetidos em virtude do direito internacional, independentemente da Convenção de Viena.* In: Idem, ibidem.

norma imperativa de direito internacional geral. Tais dispositivos demonstram, de um lado, o bilateralismo e, de outro, os interesses gerais da denominada comunidade internacional. A Convenção de Viena consagra em definitivo o conceito de normas imperativas de Direito Internacional geral.

No que se refere ao Brasil, em 22 de abril de 1992, o Presidente da República encaminhou à apreciação do Congresso Nacional a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Naquela oportunidade, o Ministro das Relações Exteriores, na época, Celso Lafer, frisou da sua profunda importância no campo da codificação do Direito Internacional.

A Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados aprovou, em 2 de dezembro de 1992, parecer e recomendou a aprovação da Convenção, apresentando reservas aos artigos 25 e 66. O artigo 25, determina que um tratado, ou parte dele, deve-se aplicar provisoriamente, mesmo que passe a vigorar posteriormente, desde que o tratado assim estabeleça. O argumento é de que a Constituição brasileira não permite a aplicação provisória de um tratado, pois, para que haja a obrigação perante a ordem internacional, deve ocorrer a concordância do Congresso Nacional. Já o artigo 66 dispõe que qualquer parte, em uma contenda sobre aplicação ou interpretação dos tratados, poderá submetê-la à decisão da Corte Internacional de Justiça, supletivamente, e desde que haja acordo à arbitragem, ou então à Comissão de Conciliação. O argumento contrário a incorporação do artigo 66, da Convenção, é de que a obrigatoriedade de submissão ao Tribunal da Haia é tido como um grande obstáculo, visto que não há consenso quanto à aceitação da jurisdição compulsória da Corte Internacional de Justiça. A Comissão de Constituição e Justiça e de Redação do Congresso Nacional aprovou o projeto de Comissão de Relações Exteriores, em 24 de março de 1993, mantendo as reservas aos artigos 25 e 66. Em 31 de agosto de 1994, a Comissão de

Constituição e Justiça e de Redação aprovou, de forma unânime, tal parecer, para ter como válida as reservas aos artigos 25 e 66 da Convenção de Viena de 1969²².

Em síntese, afirma-se que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é uma das mais relevantes fontes do Direito Internacional Público, pois nela estão insertas as regras costumeiras sobre a matéria. Esta Convenção, de 1969, como já salientado, foi complementada pela Convenção sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986. Teve como meta principal o reconhecimento do direito das organizações internacionais de também firmar tratados.

1.2. Critério Classificatório

1.2.1. As Partes

Existem inúmeras formas de classificação dos tratados internacionais. Entretanto, a mais usual é aquela que diz respeito ao número das partes envolvidas, ou seja, bilaterais, quando são duas as partes contratantes; multilaterais ou coletivos, quando são três ou mais as partes contratantes, e estes podem ser restritos ou gerais. Os tratados multilaterais gerais geralmente são firmados entre uma totalidade de Estados com acesso à comunidade internacional.

No início, os tratados celebrados eram tipicamente bilaterais, mesmo que fizessem parte das negociações vários Estados e o teor fosse idêntico. Somente, a partir do ano de 1850, os Estados passaram a firmar tratados multilaterais com maior intensidade²³.

²² Informações e datas em que o Brasil assinou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, conforme obra de CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. **O poder de Celebrar Tratados**. p. 273-276.

²³ Na época posterior à I Guerra Mundial, foram celebrados, entre muitos outros, o Tratado de Versalhes, de 1919, que continha o Pacto da Sociedade das Nações; o Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional; a Convenção sobre a União Panamericana; a Convenção Geral de Conciliação Interamericana; a Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar; a Convenção Internacional para a repressão da Moeda Falsa; as Convenções de Genebra sobre o Tratamento dos Prisioneiros de Guerra e sobre a Melhoria da Sorte dos Feridos e Enfermos nos Exércitos em Campanha. Depois da II Guerra Mundial, além da Carta das Nações Unidas e dos tratados constitutivos de numerosas organizações internacionais, foram celebradas, sob o patrocínio da ONU, convenções sobre o direito do mar, relações diplomáticas, relações consulares, direitos dos tratados, sucessão de Estados em matéria tratados, exploração e uso do espaço cósmico, responsabilidade por danos causados por objetos espaciais, repressão ao apoderamento ilícito de aeronaves, direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais, eliminação da discriminação racial, diversidade biológica, entre muitas outras. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. Op. cit., p. 192.

Essa adesão aos tratados multilaterais, em maior número, ocorreu em face de interesses comuns entre os Estados e da complexidade das relações internacionais contemporâneas.

1.2.2. Natureza Jurídica

Quanto à natureza jurídica, os tratados internacionais se classificam em tratados-contratos e tratados-leis ou tratados normativos:

a) Tratados-Leis ou Tratados Normativos

Os tratados-leis ou tratados normativos são firmados entre os Estados. Estabelecem normas de direito internacional e se equiparam às leis, ou seja, estabelecem preceitos de ordem geral com o objetivo de nortear relações entre diversos Estados. De acordo com BROWNLIE²⁴, estes tratados criam obrigações jurídicas cuja observância não dissolve a obrigação contida no tratado. Assim, não é normativo um tratado que vise à realização conjunta de um empreendimento, uma vez que o cumprimento do seu objeto extinguirá a relação. Os tratados normativos criam normas gerais em termos de asserções jurídicas que regem a conduta futura das partes. As obrigações são basicamente as mesmas para todas as partes. Como exemplo cita-se a Declaração de Paris de 1856, sobre o Direito da Guerra e Neutralidade; o Protocolo de Genebra de 1925, sobre as Armas Proibidas; o Tratado Geral para a Renúncia à Guerra, de 1928; e a Convenção sobre Genocídio de 1948.

Destaca-se que os tratados-leis também dão resultado à criação das denominadas uniões internacionais. Conforme enfatiza ACCIOLY, *tais uniões possuem, em geral, um órgão central permanente, que tem o caráter de instituição de serviço público internacional, com determinadas faculdades. Entre elas, figuram a União Postal Universal, a União Internacional para a Proteção da Propriedade Industrial, etc*²⁵.

²⁴ BROWNLIE, Ian. Op. cit., p. 23-24.

²⁵ ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., p. 29.

b) Tratados-Contratos

Os tratados-contratos regulam interesses recíprocos dos Estados que os firmam. Resultam de concessões mútuas e têm a aparência de contratos. O tratado pode reunir as duas condições, geralmente isso acontece quando são firmados os tratados de paz.

Entretanto, a distinção entre tratados contratuais e tratados normativos já não encontra muito respaldo por parte dos doutrinadores. De acordo com Rousseau, mencionado por REZEK²⁶, os tratados-contratos são assim denominados, porque, através deles, as partes realizam uma operação jurídica, tais como os acordos de comércio, de aliança, de cessão territorial. Geralmente são pactuados entre um número limitado de Estados com o objetivo de resolver questões de caráter peculiar, que somente interessam aos contratantes, pois advêm de concessões recíprocas. Já os tratados-leis, é através deles, que as partes editam uma regra de direito objetivamente válida, tais como as grandes convenções coletivas de Haia e de Genebra sobre o direito da guerra. Mas, verifica-se que, tanto no primeiro quanto no segundo caso, a vontade das partes tem sempre o mesmo objeto, constituído pela integralidade do teor do tratado. Na verdade, quaisquer tratados são fonte de Direito Internacional Público, porque estabelecem normas de conduta e todos têm dispositivos legislativos e contratuais ao mesmo tempo.

c) Tratados Exeqüíveis e Tratados Não-Exeqüíveis

Ainda, os tratados classificam-se entre tratados exeqüíveis por si mesmos, aqueles que obtêm plena efetividade por si próprios, e tratados não-exeqüíveis, aqueles que necessitam de outro tratado ou de lei de complementação.

d) Tratados Perpétuos e Tratados Temporários

Os tratados podem ser também classificados de perpétuos, quando

²⁶ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 29.

considerados de duração indefinida, e temporários, por possuírem duração sujeita a termo final. Finalmente, denominados de tratados públicos e tratados secretos, conforme o conhecimento do seu conteúdo, seja conhecido ou tornado público, ou apenas restrito às partes que participaram da sua conclusão.

1.2.3. Conteúdo

Dada a complexidade das relações sociais, o conteúdo dos tratados varia muito e não se pode especificar qual a predominância de matéria. Somente no campo do Direito Constitucional, existem inúmeros tratados sobre direitos civis e políticos, direitos humanos, criação de áreas sem fronteiras; no campo do Direito Civil, a questão da responsabilidade por danos nucleares e do direito autoral; na esfera do Direito Penal, a posse ilícita de aeronaves, combate ao narcotráfico, extradição. Enfim, é um campo vasto em que se fazem presentes as regras internacionais.

1.3. Formação e Procedimento

Os tratados internacionais são firmados por escrito e, para que possam produzir efeitos, seguem um procedimento próprio²⁷. Porém, é essencial esclarecer que o modo pelo qual os tratados são negociados e entram em vigor rege-se primordialmente pela intenção e consentimento das partes, prevalecendo a forma escrita²⁸. A produção dos tratados abrange várias fases progressivas, a seguir abordadas.

²⁷ LIMA, apresenta o seguinte organograma quanto aos procedimentos dos tratados 1ª Fase: negociação (plano internacional); 1º Momento: Assinatura (plano internacional); 2ª Fase: Aprovação (plano interno); 2º Momento: Ratificação (plano internacional); 2º Momento: Promulgação e Publicação (plano interno); 3ª Fase: Vigência (plano internacional); 3ª Fase: Vigência (plano interno). In.: LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Tratados internacionais no Brasil e integração**. p. 21

²⁸ BROWNIE, observa que não existem requisitos substantivos de forma, e, assim, por exemplo, um acordo pode ser registrado nas actas de uma conferência. Na prática, a forma é, em parte, regida pelos usos, variando, assim, segundo se declara ter o acordo sido concluído entre Estados, chefes de Estado, governos (cada vez mais utilizada), ministros ou ministérios específicos. A Convenção de Viena aplica-se apenas aos acordos 'sob forma escrita', mas o artigo 3.º estipula que esta limitação não afecta a força jurídica dos acordos 'sob forma não escrita'. É óbvio que partes substanciais da Convenção não são relevantes para os acordos orais, mas tal não obsta a que áreas importantes do Direito, por exemplo, sobre a invalidade e cessação da vigência, se apliquem aos acordos orais. In.: BROWNIE, Ian. Op. cit., p. 630.

1.3.1. Negociação e Assinatura

Em primeiro lugar, ocorre a etapa de negociação no plano internacional, momento em que as partes estudam se os seus interesses são compatíveis na causa²⁹, discutem as disposições e culminam com a elaboração do projeto do texto do tratado. Um ponto de negociação, nesta etapa, pode ser a fixação do *quorum* de ratificação do tratado, isto é, os Estados que estão envolvidos com a negociação podem estabelecer um número determinado de Estados que deverão ratificar o tratado para que possa ter vigência no plano internacional.

Outra etapa é a da assinatura do tratado internacional, feita por representantes autorizados das partes que tenham participado das negociações. A ordem das assinaturas segue o princípio do alternado, isto é, o Chefe de Estado e seu plenipotenciário são nominados em primeiro lugar nos instrumentos que lhes são destinados. Cumpre ressaltar, que um ato relativo à conclusão de um tratado, realizado por pessoa que não tenha autorização para representar o Estado para esse fim, não produz efeitos jurídicos, a não ser que venha a ser, posteriormente, confirmado pelo Estado. No que diz respeito aos acordos assinados com a Santa Sé, os países católicos a colocam sempre em primeiro lugar. Já nos tratados multilaterais e havendo apenas um exemplar, os Estados que deles participam recebem cópias, que seguem a nominata, em ordem alfabética, do nome dos Estados na língua inglesa ou francesa.

Assim, encerrada a etapa de negociação, passa-se para o procedimento da assinatura dos tratados³⁰. Esta etapa é relevante, porque está relacionada com a fase de encerramento das negociações e redação de seus resultados, num instrumento a ser

²⁹ Nos tratados internacionais esta etapa ganha uma conotação política, entrando em cena toda a habilidade e talento dos agentes diplomáticos dos Estados e Organizações Internacionais. In: LIMA, Sérgio Mourão Correa. Op. cit., p. 22.

³⁰ A assinatura pode significar: autenticação do texto do tratado; atestar que os negociadores estão de acordo com o texto elaborado; conter dispositivos referentes ao prazo para a troca ou o depósito dos instrumentos de ratificação e adesão a serem computados a partir da assinatura; dever das partes de se absterem de atos que afetem substancialmente o valor do instrumento assinado (Convenção de Viena, art.18, letra b); reconhecimento pelo Estado de que as normas costumeiras tornaram-se convencionais. A assinatura tem, inclusive, alcance político e jurídico, pois as convenções internacionais, antes de sua entrada em vigor, podem servir de modelo para tratados bi ou multilaterais. In.: MERCADANTE, Araminta de Azevedo. A processualística dos atos internacionais: constituição de 1988 e Mercosul. p. 473.

apresentado aos governos para aprovação final, tendo como objetivo fixar e autenticar o texto convencional elaborado. Sua função é dar autenticidade ao texto, mas também pode se materializar de outras maneiras, como pela incorporação do texto no ato final de uma conferência ou pela rubrica. A consequência principal da assinatura é que, a partir da fixação do texto, os Estados-partes ficam vinculados por consequência do princípio da boa fé, a abster-se de atos ou omissões que prejudiquem o tratado no seu objetivo ou fim. Tanto é que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados regula a forma de proceder à retificação por erros de textos ou das cópias autenticadas dos tratados.

A estrutura de um tratado, o texto propriamente dito, segue a seguinte ordem: preâmbulo, o articulado, a declaração, a indicação do lugar e da data em que o tratado foi assinado, as assinaturas dos plenipotenciários³¹. Fica a critério da parte a escolha da língua em que o instrumento será redigido. Adota-se, também, o sistema de reserva ou ressalva, significando que o Estado que a faz não está obrigado a cumprir a disposição ressalvada.

Detalhando o assunto, o texto convencional acabado tem como partes de sua composição: o preâmbulo, o rol dos atores pactuantes e os enunciados ou razões do ato convencional. No preâmbulo deve estar descrita a finalidade do tratado, vindo a seguir a nominata das partes contratantes. Já a parte dispositiva é redigida em linguagem jurídica. Possui características de normas elencadas na forma de artigos, onde constam os deveres e direitos das partes contratantes. Raramente utilizam-se cláusulas. Também podem constar anexos, que constituem parte do teor compromissivo do tratado. O idioma em que será redigido o tratado é de livre escolha das partes, podendo ser utilizadas línguas diferentes.

³¹ 1º) o **preâmbulo**, com a indicação das partes contratantes e, quase sempre, a dos motivos ou objetivos do tratado; os nomes e títulos oficiais dos plenipotenciários que negociaram e assinaram o tratado; e, finalmente, uma declaração de que os plenipotenciários, depois de se haverem apresentado ou trocado os respectivos plenos poderes, "achados em boa e devida forma", convierem nas disposições contidas no tratado; 2º) o **articulado**, devidamente numerado, no qual se acham as disposições ou estipulações do tratado; 3º) a **declaração de que, para testemunho do acordado, os plenipotenciários firmaram o tratado**, - declaração seguida, muitas vezes, da indicação do número de exemplares do instrumento e da língua ou línguas em que este se acha redigido; 4º) a **indicação do lugar e da data em que o tratado foi assinado**; 5º) as **assinaturas dos plenipotenciários, com os respectivos selos, apostos em lacre**. In.: ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., p. 122-123.

Geralmente, redige-se o tratado em tantos quantos forem os idiomas necessários, ou então é eleito um terceiro idioma. Na atualidade, as línguas mais usadas são a inglesa, a francesa, a espanhola, a russa, a chinesa e a árabe.

No Brasil, a competência para assinar tratados internacionais é do Presidente da República, conforme estabelece o artigo 84, da Constituição Federal de 1988³², podendo outorgar a um representante diplomático poderes para celebrar tratados, através de carta de plenos poderes.

Na época em que dominavam as monarquias, era comum a prática de conceder, a um representante do soberano, plenos poderes para negociar e vincular o seu senhor.

Modernamente, entende-se que os plenos poderes implicam em uma autoridade para negociar, assinar e selar um tratado. MERCADANTE³³, considera que a União é pessoa jurídica e ela só poderá agir através de pessoas físicas, munidas de carta de plenos poderes, em razão da necessidade de os Chefes de Estado encarregarem determinadas pessoas de, em seu nome, entabular negociações e assinar atos internacionais munidos de um instrumento que demonstre esta sua qualidade.

No Brasil, os plenos poderes são apresentados por meio através da chamada carta patente, aberta ao conhecimento público, que deve ser assinada pelo Chefe de Estado e referendada pelo ministro das Relações Exteriores ou da Justiça, quando os plenos poderes forem em favor do primeiro. É também comum, no caso brasileiro, exigir-se para o ministro das Relações Exteriores a outorga, em cada caso, da carta de plenos poderes.

³² De acordo com a Constituição Federal do Brasil, Artigo 84: *Compete privativamente ao Presidente da República: ... VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.*

³³ *Os plenos poderes surgiram da intensificação das relações internacionais e, em consequência, da impossibilidade prática de os chefes de Estado se locomoverem todas as vezes que fosse necessário manter negociações. Ao lado dessas razões de ordem prática existe outra, que é da maior importância: evitar que os tratados obriguem imediatamente aos Estados, como ocorreria se o tratado fosse assinado diretamente pelo chefe de Estado, uma vez que estaria dispensada a ratificação. Cabe assinalar que os chefes de Estado só excepcionalmente participam pessoalmente das negociações e da assinatura dos atos internacionais.* In.: MERCADANTE, Araminta de Azevedo. Op. cit., 471-472.

São os plenipotenciários, figura atribuída ao Ministro de Estado responsável pelas relações exteriores, em qualquer sistema de governo. O ministro das Relações Exteriores se reputa um plenipotenciário – no quadro internacional – desde o momento em que investido pelo Chefe de Estado, ou pelo Chefe de Governo, naquela função especializada. Essa prerrogativa presume-se independentemente de qualquer prova documental avulsa, enquanto exercer o cargo. Também prescinde da apresentação de carta de plenos poderes o chefe de missão diplomática, isto é, o embaixador ou encarregado de negócios exteriores. Os demais atestam a qualidade de representante do Chefe de Estado ou do Chefe do Governo somente com a apresentação da carta de plenos poderes, expedida pelo Chefe de Estado, geralmente um diplomata ou servidor público.

1.3.2. Sistema de Reserva

Nesta etapa, os Estados, que fizeram parte da negociação, podem estabelecer reservas³⁴, quando não estão de acordo com todo o conteúdo do tratado. Como regra geral, as partes, quando firmam um tratado, obrigam-se pela totalidade, sofre exceção a este princípio o sistema de reservas. De conformidade com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, artigo 19, a noção de reserva compreende uma declaração unilateral, qualquer que seja o seu conteúdo ou a sua designação, feita por um Estado, quando assina, ratifica, aceita ou aprova um tratado, ou quando a ele adere, pela qual visa a excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado na sua aplicação a esse Estado. As reservas são tidas como uma liberalidade, cabendo aos Estados, de acordo com os seus interesses, formulá-las ou não.

³⁴ Sobre este ponto, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, artigo 19, dispõe que: *Formulação de Reservas, um Estado pode, ao assinar, ratificar, aceitar, aprovar um tratado, ou a ele aderir, formular uma reserva, a não ser que: a) a reserva seja proibida pelo tratado; b) o tratado disponha que só possam ser formuladas determinadas reservas, entre as quais se inclui a reserva em pauta, ou c) nos casos que não sejam previstos nas alíneas a e b, a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.*

A prática de utilização de reservas data de 1888, introduzida pela Convenção de Constantinopla, que trata do Canal de Suez, foi muito usada, no século XIX, em razão do aumento do número de tratados multilaterais³⁵.

As reservas, para terem validade, devem ser apresentadas por escrito pelo Poder Executivo, e o Poder Legislativo fica proibido de apresentá-las. Além disso, deve haver a aceitação das mesmas pelas outras partes contratantes. As reservas são úteis sob o ponto de vista de defesa dos Estados que as apresentam, pois estariam fazendo ressalvas àqueles dispositivos contrários aos seus interesses. Trata-se de uma questão de proteção da soberania do Estado. As reservas não serão admitidas quando forem expressamente proibidas, quando não figurarem nas disposições de um tratado que só autoriza as reservas nele especificadas, e no caso da reserva ser incompatível³⁶ com o objeto e fim do tratado.

Conforme estabelece a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, o sistema de reservas é interpretado da seguinte forma: na aceitação e objeção de reservas, a reserva que for admitida expressamente pelo tratado não precisa de aceitação dos demais Estados contratantes, a não ser que haja previsão no próprio tratado.

Quanto aos efeitos legais das reservas, entende-se que ela modifica o tratado entre o que apresentou e o que aceitou a reserva. Neste aspecto, é aplicado o princípio da reciprocidade, ou seja, se um Estado opuser objeções a uma reserva, mas não se opõe à entrada em vigor do tratado entre ele e o que apresentou a reserva, tais dispositivos no que se referem às reservas não se aplicam entre os dois Estados. Portanto, as reservas devem ficar sujeitas ao controle do Poder Legislativo. Nos casos em que elas alterem o tratado, e, a partir

³⁵ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit., p. 235.

³⁶ O critério da "compatibilidade" é a solução que levanta menos objeções, mas não é, de modo algum, um regime ideal, permanecendo muitos problemas ainda por resolver. A aplicação do critério da compatibilidade com o objecto e com o fim é uma questão de apreciação, mas esta é deixada para os Estados individuais. Como é que se deve aplicar este critério às disposições sobre a resolução de litígios ou às questões específicas da Convenção sobre o Mar Territorial de 1958, como a do direito de passagem inofensiva? Em termos práticos, o critério da "compatibilidade" aproxima-se do sistema latino-americano e, desta forma, pode não manter de modo suficiente o equilíbrio entre a integridade e a eficácia das convenções multilaterais em termos de um nível estável de obrigações. In: BROWNLIE, Ian. Op. cit., p. 635.

do momento que houve a aceitação de uma reserva pelo Estado, esta torna-se irrevogável.

Frisa-se que o sistema de reservas não é admitido pela maioria dos doutrinadores internacionais, nos tratados de direitos humanos, pois são tidos como uma universalidade de direitos e que devem ser preservados. Não são consideradas como reservas as meras declarações interpretativas de um tratado, já que estas declarações não atingem os efeitos jurídicos das disposições convencionais, as declarações anexas a um tratado de mero alcance político, as modificações ou emendas que posteriormente forem efetuadas no tratado.

Considerando que o processo de elaboração de um tratado é muito meticuloso, articulado, na forma de sempre alcançar o consenso, é raro a previsão de reservas. Quando são tratados de suma relevância, a questão sobre reservas é feita expressamente. Neste tópico, depreende-se que as reservas devem ser controladas pelo Poder Legislativo nos casos em que a lei assim exige, pois podem alterar o conteúdo do tratado.

1.3.3. Ratificação

De acordo com a lição de ACCIOLY, outro aspecto importante a destacar é a questão da ratificação dos tratados internacionais. Para esse autor, a ratificação é o ato administrativo, segundo o qual um Chefe de Estado confirma o tratado firmado em seu nome ou em nome do Estado, declarando aceito o que foi convencionado pelo agente signatário³⁷.

MELLO adota a definição de Sette Câmara, acerca do instituto da ratificação, dizendo que é o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que se dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais³⁸.

³⁷ ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., p. 126.

³⁸ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit., p. 216.

A ratificação remonta a época de Ramsés II, rei do Egito, e de Hattisuli, rei dos hititas, no ano de 1280 a.C. que, para alguns historiadores, seria o ano de 1291 a.C. Na Grécia antiga, para a entrada em vigor dos tratados, era necessária a aprovação do Conselho da Assembléia do Povo. Após à aprovação, é que seria promulgado o tratado com a troca de ratificações. Em Roma, este instituto foi utilizado no ano 321 a.C. Na Idade Média, ratificar tratados era ato exclusivo do príncipe, através do juramento e, caso não houvesse o cumprimento do pactuado, era causa de perjúrio. A relevância da ratificação e sua adoção para validade dos tratados foi marcada pela Constituição francesa de 1794, no seu cumprimento do pactuado, era causa de perjúrio. A relevância da ratificação e sua adoção para validade dos tratados foi marcada pela Constituição francesa de 1794, no seu artigo IV e também pela vigência, na maioria dos Estados, de um sistema constitucional que restringia os poderes do Executivo a respeito da conclusão dos tratados. A ratificação foi consagrada, nos séculos XVII e XVIII, através do tratado firmado entre o Diretório da França e a rainha de Portugal, em 1797, e pelo Protocolo nº 19, do Congresso de Berlim de 1878³⁹.

Essa declaração é precedida da aprovação do tratado pelo órgão competente para esse fim, no caso brasileiro, o Congresso Nacional.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, no seu artigo 2º, letra “b”, estabelece que os termos de ratificação, aceitação, aprovação e adesão exprimem, de acordo com o caso, o ato internacional pelo qual o Estado estabelece no plano internacional o seu consentimento em obrigar-se por um tratado. O termo ratificação também pode ser entendido, no sentido constitucional, como uma das etapas do processo constitucional da conclusão dos tratados e que escapa à esfera do Direito Internacional.

Para alguns doutrinadores, o ato de ratificação⁴⁰ é considerado a fase mais

³⁹ In.: Idem, *ibidem*.

⁴⁰ Segundo ACCIOLY, *o ato administrativo mediante o qual o chefe de Estado confirma um tratado firmado em seu nome ou em nome do estado, declarando aceito o que foi convencionado pelo agente signatário*. In: ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., p. 28-29.

relevante no processo de formação e conclusão dos tratados. Os tratados somente são considerados obrigatórios após ratificados, princípio adotado na jurisprudência internacional⁴¹.

No entanto, no contexto atual, a prática da ratificação vem diminuindo cada vez mais em razão da crescente utilização dos acordos executivos. Embora haja divergências entre os doutrinadores sobre a natureza jurídica da ratificação, segundo o entendimento de MELLO, a ratificação é um ato peculiar que não se enquadra em nenhuma das classificações propostas. De acordo com o autor, a ratificação é uma das fases, que no processo de conclusão dos tratados, confirma a assinatura do tratado, dando validade ao mesmo. Na verdade, a principal característica da ratificação é que ela é um ato discricionário⁴².

A ratificação, como ato discricionário, está prevista no artigo 7º, da Convenção Pan-Americana sobre Tratados, de 1928, o qual dispõe que compete internamente ao Poder Executivo. O Poder Legislativo poderá aprovar um tratado, e o Poder Executivo negar-se ratificá-lo.

A Convenção de Havana, no seu artigo 5º, prevê que a ratificação deve ser outorgada por escrito. A ratificação deve conter três partes. A primeira é a *narratio* e deve conter os nomes dos Estados contratantes, o objetivo e a transcrição do tratado. A segunda é a *dispositio*, parte em que se faz menção à ratificação. A terceira é a *corroboratio*, parte em que o signatário apresenta o instrumento como manifestação de sua resolução de ratificar o tratado, geralmente através das expressões *em fé de que o assina e sela*.

⁴¹ Para MELLO, com sustentáculo na lição de Sereni, são as seguintes razões: a) as matérias que são objeto do tratado, pela sua importância, devem ser apreciadas pelo chefe de Estado; b) a fim de evitar problemas posteriores sobre a questão do excesso de poderes ou violação das instruções dadas aos negociadores, quando da assinatura do tratado; c) o desenvolvimento dos Estados democráticos e, em consequência, a participação do Parlamento na formação da vontade do estado nos assuntos internacionais; d) 'a possibilidade que o procedimento oferece ao chefe de Estado de obter preventivamente o concurso dos órgãos (Congresso) necessários, pelo Direito Interno, para a formação da vontade que ele deverá em seguida declarar internacionalmente ou ainda para adaptar o ordenamento interno ao tratado que será estipulado'; e) dar aos órgãos internos a oportunidade de decidirem com calma e ponderação 'sobre um texto já redigido na forma de projeto'; f) a necessidade dos órgãos internos encarregados de 'formarem e declararem a vontade do Estado de conhecerem e avaliarem as reações suscitadas pelo projeto do tratado na opinião pública nacional. In: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque de. Op. cit., p. 217.

⁴² In.: Idem, p. 219.

Percebe-se que o instituto da ratificação, no seu sentido dogmático de ato do Poder Executivo, após a aprovação do tratado pelo Poder Legislativo, está sendo menos utilizado pelos Estados, uma vez que vários acordos entram em vigor sem a necessidade de ratificação, como é caso dos acordos econômicos. A Organização Internacional do Trabalho fiscaliza a execução das convenções internacionais, mesmo que o Estado não tenha procedido a ratificação. Com o advento da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a assinatura do tratado tem a mesma força que a ratificação⁴³.

No caso do Direito brasileiro, ratificação é o ato pelo qual o Poder Executivo, com o aval do Congresso Nacional⁴⁴, confirma um tratado ou declara que o mesmo deverá produzir efeitos. Geralmente, a ratificação é materializada através de Carta ou Instrumento de Ratificação assinada pelo Chefe de Estado e referendada pelo ministro das Relações Exteriores. A Constituição Federal do Brasil de 1988 estabelece, no artigo 49, inciso I, que serão submetidos ao Congresso Nacional tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Na hipótese do tratado ter que ser submetido às duas Casas do Congresso, a aprovação deve ser realizada via Decreto Legislativo. Quando é de competência exclusiva do Senado, deve ser feita através de

⁴³ MELLO, argumenta que, a conclusão a que podemos chegar é que a ratificação, no seu sentido tradicional de ato do Executivo após a aprovação do tratado pelo Legislativo, se encontra em decadência. Por outro lado, vários acordos entram 'em vigor' sem ratificação: a) assim os acordos econômicos muitas vezes entram em vigor 'provisoriamente' antes da sua ratificação; b) a OIT tem procurado controlar a execução das convenções internacionais do trabalho, mesmo quando não foram ratificadas, o que tem feito os Estados executarem tais convenções mesmo quando não as ratificam (Vellas). Podemos salientar que na Convenção de Viena a assinatura passou a ter praticamente o mesmo valor que a ratificação. O Legislativo não se adaptou às novas exigências da vida internacional e o Executivo procura fugir ao seu controle. Balladore Pallieri observa que se está processando uma 'revolução' no sentido de se abandonar o respeito 'à competência interna dos órgãos'. Pode-se recordar que metade dos tratados publicados nos primeiros 465 volumes da 'United Nations Treaty Series' entraram em vigor só com a assinatura. In: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit., p. 221. BROWNLIE, informa que, (...) a ratificação é um acto importante que implica o consentimento em se vincular. No entanto, tudo depende da intenção das partes, onde tal é determinável, contendo a prática actual muitos exemplos de acordos menos formais que não requerem a ratificação e que se destinam a ser vinculativos através da assinatura. In: BROWNLIE, Ian. Op. cit., p. 631.

⁴⁴ CACHAPUZ DE MEDEIROS, diz que o embasamento doutrinário da necessidade de aprovação do Parlamento para os tratados internacionais situa-se em torno da idéia de que o titular da soberania é o povo, não podendo o Estado comprometer-se perante potências estrangeiras, salvo por disposição da vontade popular, expressa através da representação nacional, isto é, pelas Câmaras legislativas, eleitas pelo povo. Perceberam os elaboradores das primeiras Constituições que os tratados internacionais são tão importantes quanto as leis, pois, juridicamente, obrigam o Estado e, por consequência, obrigam os cidadãos. Criando deveres e encargos para os indivíduos, tais compromissos externos são, obviamente, do interesse não apenas dos governantes, mas também dos governados. In.: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. Op. cit., p. 198.

resolução.

No Brasil, um tratado que não for aprovado pelo Congresso Nacional pode ser reapreciado na mesma legislatura. A promulgação acontece depois da troca ou do depósito dos instrumentos de ratificação. Esta não atinge o tratado na esfera internacional, mas somente na esfera interna, quanto à sua executoriedade. Os efeitos da promulgação é de tornar o tratado executável e consagrar a existência de uma norma obrigatória no direito interno.

Porém, para que um tratado internacional possa entrar em vigor, é essencial a troca recíproca dos instrumentos de ratificação. Só a partir do momento em que se concretiza a troca ou o depósito, passa a entrar em vigor na ordem jurídica interna de cada Estado. É comum, no próprio tratado, constar o local e a data da troca das cartas de ratificação ou de depósito.

Após a conclusão de um tratado, os instrumentos escritos, que são considerados como provas documentais do consentimento de um Estado em ser parte, seja pela ratificação ou seja pela adesão, são colocados sob a guarda de um depositário, que pode ser um ou mais Estados que fizeram parte na negociação ou uma organização internacional, ou um funcionário administrativo de uma organização internacional.

Em razão disso, surgiu a figura do depositário, criada voluntariamente pelos Estados, visando à guarda dos tratados e outros instrumentos firmados. A prerrogativa dos Estados designarem depositário está prevista no artigo 76, § 1º da Convenção de Viena⁴⁵.

⁴⁵ Quanto à origem da figura do depositário nos tratados internacionais, RODAS informa que *a figura do depositário encontra-se ligada em suas origens ao tratado multilateral. A noção desse tipo de tratado foi delineada na época das conferências e congressos. Geralmente a escolha do depositário recaía sobre o governo do Estado onde a Conferência tinha lugar e, conseqüentemente, o tratado havia sido assinado. É a figura designada por Díez de Velasco de Estado-Depositário. Hodiernamente tal figura é ainda encontrada. A Carta da ONU e as convenções que criaram o Fundo Monetário Internacional, o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento e a Organização de Aviação Civil Internacional estão depositados no Departamento de Estado, em Washington. O instrumento constitutivo da UNESCO, em Paris. A Carta da Organização da Unidade Africana junto ao governo etíope. Com a institucionalização da comunidade internacional e a inauguração da praxe de os estados concluírem tratados sob a égide de organização internacional de caráter permanente, passa-se a confiar o depósito de tais tratados a essas organizações. Com o advento das grandes organizações internacionais de caráter político, em cujo seio cresceu extraordinariamente o número de convenções, em virtude das conferências por ela convocadas, passou-se a confiar o depósito delas, via de regra, ao Secretário-Geral da Organização. Nascia assim, o Depositário-Funcionário, que vigorou na Sociedade das Nações e vigora hoje na ONU, na OEA, na Liga Árabe e no Conselho da Europa.* In: RODAS, João Grandino. **A publicidade dos tratados internacionais**. p. 166-167.

No caso das Nações Unidas, figura como depositário de tratados multilaterais o Secretariado dessa organização internacional, que visa a exterminar a diplomacia secreta e promover o acesso aos interessados do teor dos tratados. Entre as principais atribuições do depositário está a de garantir a guarda do texto original do tratado, receber as assinaturas do tratado e todos os instrumentos e notificações pertinentes ao tratado e promover o seu registro, preparar cópias autenticadas, bem como preparar protocolos de ratificação, adesão e entrada em vigor e registrar ou pedir registro.

A respeito do tema, MERCADANTE ensina que *no caso de convenções ou tratados multilaterais, em vez de se processar a troca dos instrumentos de ratificação, faz-se geralmente, seu depósito. Atualmente, muitos atos internacionais determinam que o depósito de suas ratificações seja feito no Secretariado Geral da ONU ou da OEA ou em outra organização internacional. Os tratados internacionais entram em vigor na ordem internacional, ou seja, passam a vigor, na forma e na data previstas no próprio tratado ou acordadas pelas partes*⁴⁶.

A partir de sua vigência, os tratados deverão ser remetidos ao Secretariado das Nações Unidas para registro ou classificação e inscrição no repertório e somente após esses passos ocorrerá a publicação.

No campo interno de cada Estado, deverá ocorrer a promulgação, que é o ato jurídico de natureza interna, pelo qual o governo de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para a sua conclusão. Além disso, ordena sua execução dentro dos limites aos quais se estende a competência estatal. Após a promulgação, há a necessidade da publicação do tratado em órgão oficial de Estado, para que possa ser aplicável.

⁴⁶ MERCADANTE, Araminta de Azevedo. Op. cit., p. 482.

A formalidade da ratificação dos tratados internacionais, em muitos casos, é considerada dispensável, com sustentáculo no artigo 11º, da Convenção de Viena de 1969. Esta estabelece que o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca de instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão. Cumpre salientar que a adesão⁴⁷ se configura quando um Estado que não assinou um tratado, já firmado por outros Estados, aceita formalmente as suas cláusulas. A cláusula de adesão pode se apresentar sob três formas diversas, isto é, abertas, quando não fixam requisitos para que se verifique a vinculação do terceiro Estado; fechadas, justamente por instituírem condições; e mistas, quando estipulam diferenças entre os Estados, aceita formalmente as suas cláusulas. A cláusula de adesão pode se apresentar sob três formas diversas, isto é, abertas, quando não fixam requisitos para que se verifique a vinculação do terceiro Estado; fechadas, justamente por instituírem condições; e mistas, quando estipulam diferenças entre os Estados que pretendam aderir ao tratado. A adesão pode acontecer antes ou após a entrada em vigor do tratado. Exemplo disso é o caso da uma convenção aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas e proposta para adesão pelos Estados membros. A prática também incorporou os termos de aceitação e aprovação como sinônimos de adesão.

A tendência atual é que a ratificação só será exigida quando o próprio tratado estabelecer que, para sua vigência, o ato deve ser ratificado. Como regra geral, a ratificação é dada por meio de um documento denominado carta de ratificação, assinado pelo Chefe de Estado e referendado pelo ministro das Relações Exteriores, havendo a previsão do compromisso das partes cumprirem fielmente o tratado internacional.

⁴⁷ É um ato unilateral pelo qual o Estado não participante das negociações e conclusões de um tratado, revela ao governo (ou organismo internacional), designado pelo convênio para receber as cartas de ratificação, seu desejo de vincular-se ao mesmo. Esse governo (ou organismo internacional) se incumbem de comunicar a adesão aos demais signatários. Devemos aludir que o Estado somente pode manifestar sua adesão a um tratado se neste foi inserta cláusula permissiva ou quando todos os pactuantes acordam ulteriormente com mencionada prática (art. 15 da Convenção sobre Direitos dos Tratados, concluída em Viena, em 1969). In: ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. Op. cit., p. 34.

1.3.4. Publicidade e Efeitos

Outro requisito importante é a publicidade⁴⁸ dos tratados internacionais, que deverá ocorrer após a troca ou depósito das respectivas ratificações. O sentido da publicidade é de produzir efeitos na ordem jurídica interna de cada Estado, bem como é a ação pela qual os tratados se tornam de conhecimento geral, atingem notoriedade. Por isso, também, ultrapassam os limites dos Estados que os concluíram, ficando à disposição da comunidade internacional. A publicidade é ato previsto pela Convenção de Havana sobre Tratados, em seu artigo 4º, pelo Pacto da Liga das Nações, no seu artigo 18, e também pela Convenção de Viena de 1969, visando, com isso, à extinção da diplomacia secreta no plano internacional⁴⁹.

A norma mais relevante é a do artigo 80, da já citada Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969. Por este artigo tornam-se obrigatórios os registros dos tratados firmados pelos Estados-membros que assinaram a Convenção. O registro deve ser feito no momento da entrada em vigor do tratado, sendo a Organização das Nações Unidas responsável pelo sistema de seus registros. É e atribuição do Secretário-Geral o recebimento de cópias de tratados, que fornecerá um certificado de registro, redigido nas cinco línguas oficiais adotadas por essa Organização.

⁴⁸ Nesse sentido, MELLO, destaca que: *A publicação é adotada por todos os países. Na França, Países-Baixos e Luxemburgo a eficácia do tratado no plano interno é subordinada à sua publicação. Na Alemanha Ocidental e Itália as Constituições não obrigam que o texto do tratado seja publicado e obrigam a publicação da autorização legislativas para ratificação, mas na prática o tratado também é publicado. No Brasil ela data do Império. Publica-se, entre nós, atualmente, o decreto legislativo, em que o Congresso aprova o tratado, e o decreto do Poder Executivo, em que ele é promulgado. O texto do tratado acompanha o decreto de promulgação. A publicação é feita no 'Diário Oficial' e incluída na 'Coleção de Leis do Brasil'. Também os textos dos tratados figuram no 'Relatório do Ministério das Relações Exteriores'*. In: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit., p. 229. RODAS, ensina que *a publicidade relaciona-se com a norma jurídica ou com a atividade do indivíduo, sendo sinónimo de divulgação. Dentro do sistema jurídico entretanto, há publicidade organizada em sistema, garantindo a autenticidade, a segurança ou a própria validade do ato jurídico, ou servindo de elemento comprobatório de fatos jurígenos e de seus efeitos. Nesse caso a publicidade, feita através dos registros Públicos, consubstancia-se em verdadeiro serviço estatal. (...) No âmbito do Direito Constitucional, a publicação da lei, como último passo do processo formativo, é princípio pacificamente aceito. Embora a maior parte dos sistemas jurídicos reconheça à promulgação pelo poder competente o dom de tornar a lei executória, a sua obrigatoriedade é condicionada pela publicação*. In: RODAS, João Grandino. Op. cit., p. 6-7.

⁴⁹ O artigo 18, do Pacto da Sociedade das Nações, estabelece que *todo tratado ou compromisso internacional concluído no futuro por um Membro da Sociedade deverá ser imediatamente registrado e publicado por ele. Nenhum desses tratados ou compromissos internacionais será obrigatório antes de ter sido registrado*. O artigo 80, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, prevê o seguinte: *Registro e Publicação de Tratados. Após sua entrada em vigor, os tratados serão remetidos ao Secretariado das Nações Unidas para fins de registro ou de classificação e catalogação, conforme o caso, bem como de publicação*. O artigo 4º, da Convenção de Havana estabelece *a publicação dos tratados imediatamente após a ratificação, embora também contenha a previsão que o descumprimento dessa formalidade não afetará a vigência e a exigibilidade do tratado*.

Outra finalidade decorrente da publicidade dos tratados é o de extinguir o uso da diplomacia secreta, dando conhecimento dos tratados firmados e assinados, para que os interessados tenham acesso ao seus conteúdos. Quanto a este aspecto, NERCOLINI afirma que *a publicidade dos tratados internacionais é a ação pela qual eles são tornados de conhecimento geral, são feitos notórios e patentes, isto é, ultrapassam os limites dos Estados que os concluíram, ficando à disposição da comunidade internacional*⁵⁰. Observa-se que o princípio da publicidade dos tratados muitas vezes foi deixado de lado por parte dos Estados. A obrigatoriedade desse requisito é prática recente na área internacional. Na essência, o registro do tratado visa dar sua publicidade.

Após a assinatura do tratado internacional, no caso brasileiro⁵¹, o Presidente da República o enviará ao Congresso Nacional, através de mensagem, devendo estar acompanhado da exposição de motivos, para exame e aprovação. Cumpre lembrar que a assinatura não acarreta necessariamente a aprovação pelo Congresso Nacional, a não ser que o Presidente da República, se por motivos justos, decida interromper o processo da conclusão do ato internacional⁵².

Em seguida, ocorre a discussão e a votação da matéria. Em primeiro lugar na Câmara dos Deputados, de acordo com as regras previstas no Regimento Interno, cuja competência é da Comissão de Relações Exteriores. Em caso de aprovação da matéria, ela será submetida à apreciação do Senado Federal, obedecendo ao que estabelece o art. 376 do seu Regimento Interno.

⁵⁰ NERCOLINI, Gian Marco. *Tratados internacionais e direito brasileiro : sistema de convalidação*. p. 45.

⁵¹ RODAS, em síntese, diz que *o procedimento da publicidade dos tratados internacionais no Brasil, segue o mesmo procedimento de elaboração da lei. No Direito brasileiro, a promulgação e a publicação fazem parte da fase denominada integratória da eficácia da lei. A promulgação confirma a adoção da lei pelo Legislativo, comprova sua existência e o seu texto, e afirma seu valor imperativo e executório*. In: RODAS, João Grandino. Op. cit., p. 203.

⁵² *As convenções internacionais do trabalho representam uma exceção a este princípio, uma vez que serão necessariamente submetidas pelo Executivo ao Legislativo para aprovação e, uma vez aprovadas, o Executivo fica obrigado a ratificá-las, em virtude do que estabelece o art. 19, inciso 5, letra b, da carta constitutiva da organização Internacional do Trabalho (OIT). Esta é a interpretação oficial da OIT, entretanto, o Brasil vem sustentando que as convenções só serão submetidas ao legislativo se o Executivo assim o entender. Tal posição não é pacífica, como atestam vários articulistas*. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo. Op. cit., p. 477.

Aprovado o tratado pelo Congresso Nacional⁵³, a decisão é expressa via decreto legislativo, promulgado pelo Presidente do Senado Federal, com publicação no Diário Oficial da União. O decreto só manifesta a aprovação do tratado e não a sua incorporação ao direito interno brasileiro.

Em suma, no caso brasileiro, ocorrem dois atos notadamente distintos. O primeiro é o ato de aprovação pelo Congresso Nacional, via Decreto Legislativo, do tratado. O segundo, a ratificação pelo Presidente da República, seguido de troca ou depósito do instrumento de ratificação. Somente após esses trâmites o tratado será incorporado à legislação interna, com sua publicação no órgão competente, através de um decreto de promulgação expedido pelo Chefe do Executivo, passando a produzir seus efeitos. Não sendo ratificado o tratado, entende-se que ele foi recusado, já que a ratificação é ato inerente à soberania do Estado, não afetando ou ferindo nenhum preceito constitucional.

Com pertinência aos efeitos dos tratados, é unânime a idéia que os tratados internacionais só produzem efeitos entre as partes contratantes, ou melhor, só fazem lei entre os Estados que neles são partes. Ou seja, pelo princípio da relatividade, um tratado não constitui direitos e obrigações para um Estado que não seja parte, a não ser que haja o seu consentimento. Também, neste caso, aplica-se o princípio da igualdade soberana dos Estados⁵⁴.

Na hipótese de deveres estabelecidos nos tratados, há necessidade de que o

⁵³ Sobre a questão da necessidade do Congresso Nacional apreciar os tratados internacionais firmados pelo Presidente da República, ARAÚJO tem a seguinte posição: *A necessidade de o Congresso Nacional apreciar todos os tratados concertados pelo Presidente da República – e não apenas os que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional – é para nós um imperativo categórico, não obstante a diversidade doutrinária reinante entre os juristas. Se uns advogam a tese do incontestável dever dos acordos entre os Estados serem examinados pelo Poder legislativo como condição essencial para a sua futura ratificação pelo Presidente da República, outros pensam de modo contrário, isto é, sustentam que os chamados 'Acordos Executivos' não carecem do exame do legislativo para serem válidos, entrando em execução independentemente da aprovação desse órgão, pois é inevitável suprimir as tramitações demoradas e lentas que não consentem em certas circunstâncias a executabilidade de acordos reclamados em determinado momento. De nossa parte, dúvida não temos em apoiar a corrente que preconiza a absoluta necessidade que todos os acordos que o Brasil concertar com os demais Estados devem ser submetidos à aprovação do Poder Legislativo, condição indispensável para a futura ratificação.* In: ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. Op. cit., p. 36-37.

⁵⁴ Cf. ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., p. 26-27.

terceiro Estado os aceite por escrito. Já no caso dos direitos, há a presunção do consentimento enquanto não houver manifestação contrária. Exemplo típico são os tratados abertos, porque estes outorgam direitos a terceiros, ou o direito de aderir ou de se tornar parte superveniente. Esta regra sofre exceções, quando de um tratado internacional resultarem consequências favoráveis para outros Estados que dele não participou, ou os contratantes estenderem direitos ou privilégios a terceiros.

Atualmente, as organizações internacionais participam intensamente na construção de tratados multilaterais⁵⁵, elaboram projetos de tratados e os submetem à apreciação de seus Estados-membros. Caso haja a concordância, o tratado projetado é firmado pelos Estados.

Denota-se que, embora não figurem como partes, as organizações internacionais participam efetivamente da elaboração do tratado. No entanto, é costumeiro as partes que desejam que um terceiro Estado participe das vantagens do tratado, estabelecerem uma cláusula de adesão ou de acessão. A adesão ou acessão é um ato único que deverá ter a aprovação do Legislativo.

O compromisso de respeitar e cumprir o pactuado é ponto fundamental do Direito das Gentes. As principais garantias utilizadas são as ocupações de territórios, as garantias de rendas, certas sanções de ordem econômica e a garantia de terceiras potências.

⁵⁵ O envolvimento de uma organização vai desde a simples preparação de projetos, que podem ou não ser aprovados pelos Estados, com faz a ONU, através da sua Comissão de Direito Internacional, até casos em que a liberdade dos Estados de aceitar ou não as obrigações emergentes de tratados coletivos se encontra, de certo modo, limitada. É o que acontece, por exemplo, com a Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), cuja convenção constitutiva, elaborada em Chicago, no ano de 1944, prescreve que a adoção e a alteração de anexos técnicos serão feitas pelo Conselho de Organização, e começam a vigorar se dentro de três meses a maioria dos Estados, devidamente notificados, não as tiver rejeitado (artigo 90) (...) A Organização Internacional do Trabalho (OIT) igualmente interfere na formação dos tratados, posto que, de acordo com o convênio constitutivo (artigo 19, inciso 5, letra "b"), as convenções internacionais do trabalho devem ser submetidas pelos Estados membros, em certo prazo, à autoridade autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. Op. cit., p. 195.

1.4. Condições de Validade

As condições elementares para a validade dos tratados são a capacidade das partes contratantes, habilitação dos agentes signatários, o consentimento mútuo e a existência de objeto lícito e possível, sobre as quais teceremos alguns apontamentos.

1.4.1. Capacidade das Partes

No que se refere à capacidade das partes contratantes, isto é, a capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações por meio dos tratados internacionais, tem-na os Estados soberanos ou autônomos. Referida capacidade, segundo alguns autores, também se estende às organizações internacionais, à Santa Sé e outros entes internacionais⁵⁶.

Na era em que predominavam as monarquias, os soberanos, senhores dos Estados, eram tidos como os únicos sujeitos de Direito internacional, com plena capacidade para celebrar tratados. O comprometimento de um monarca nos tratados tinha caráter absolutamente pessoal, pois quando se fazia presente às negociações de um tratado, o ato da assinatura obrigava o reino imediatamente. Tal prerrogativa do monarca causava absurdos, pois eram estabelecidas cláusulas nos tratados em que o tempo de validade seria o tempo de

⁵⁶ MELLO, defende que esta capacidade de concluir tratados é reconhecida aos Estados soberanos, às organizações internacionais, aos beligerantes, à Santa Sé e a outros entes internacionais. Pode-se acrescentar que os Estados dependentes ou os membros de uma federação também podem concluir tratados internacionais em certos casos especiais; os Estados vassalos e protegidos possuem o direito de convenção quando autorizados pelos suseranos ou protetores. O Direito Interno (Constituição) pode dar aos estados federados este direito, como ocorre na Suíça, na Alemanha Ocidental e na URSS. (...) A única observação de ordem geral que se pode fazer é que os Estados-membros de uma federação e os dependentes geralmente possuem o direito de convenção apenas para determinadas matérias. Um caso recente é o da Constituição de Portugal de 1976, que consagra uma 'competência especial' para as regiões autónomas (Madeira e Açores), que podem participar de negociações de tratados sobre assuntos que lhes digam respeito diretamente. (...) A Santa Sé sempre teve o direito de convenção. As organizações internacionais já tiveram a sua personalidade internacional reconhecida pela Corte Internacional de Justiça, que considerou terem elas os direitos necessários para a realização dos fins para que foram constituídas. (...) Os beligerantes e insurgentes também possuem o direito de convenção, apesar de se discutir o alcance deste direito: para uns (Bosco), só podem concluir tratados referentes às operações de guerra; para outros (Vitta), podem concluir tratados sobre qualquer matéria, uma vez que eles adquirem personalidade internacional após o reconhecimento. (...) Atualmente os movimentos de libertação nacional têm concluído tratados. Outras entidades internacionais também podem assinar tratados, como, por exemplo, os territórios internacionalizados (o Sarre participou como membro associado do Conselho da Europa). Podemos dizer que o direito de convenção, para se verificar quais as pessoas internacionais que o têm, deve ser analisado em cada caso, sendo mesmo impossível uma teoria geral. (...) Um caso interessante é o acordo SALT (1972), entre a URSS e os EUA. O Presídio do Soviete Supremo autorizou Brejnev a assinar tratados como Secretário-geral do Partido Comunista. Dieter Schroder assinala que a consequência desta prática é o reconhecimento de fato da supremacia do Partido Comunista na URSS. In: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit., p. 203-204. Para REZEK, as partes, em todo tratado, são necessariamente pessoas jurídicas de direito internacional público: tanto significa dizer os Estados soberanos – aos quais se equipara, como será visto mais tarde, a Santa Sé – e as organizações internacionais. In: REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 18.

vida do rei que o tivesse firmado, ou então, como causa de extinção do tratado a morte do monarca. Já no caso de sucessão, o rei que recebia o trono não era obrigado a cumprir o tratado celebrado por seu antecessor⁵⁷.

Com a declaração da independência dos Estados Unidos da América, em 1776, que proclamou o direito dos povos de disporem de si mesmos, o princípio da legitimidade dinástica foi substituído pelo da legitimidade democrática, com base no livre consentimento do povo. Desde então, a capacidade para celebrar tratados passou a ser prerrogativa dos Estados.

Ressalta-se que, na metade do século XX, surgiram no cenário internacional as denominadas organizações internacionais, e com isso emergiu a discussão se tinham elas capacidade para celebrar tratados internacionais. No ensinamento de CACHAPUZ DE MEDEIROS, *tais organizações possuem personalidade internacional, e, portanto, capacidade para celebrar tratados, mas essa capacidade é limitada pelos propósitos e funções das próprias organizações, previstas em seus respectivos tratados constitutivos ou nas decisões de seus órgãos, uma vez que os referidos tratados não podem tudo prever*⁵⁸.

Verifica-se que a capacidade para celebrar tratados das organizações internacionais e dos Estados não tem o mesmo alcance, visto que os Estados, como sujeitos de Direito Internacional, estão autorizados a celebrar tratados de toda a espécie. Já as organizações internacionais só estão autorizadas a celebrar tratados que forem necessários para a consecução de seus objetivos específicos.

1.4.2. Habilitação dos Agentes

No que se refere à habilitação dos agentes signatários, esta é perfectibilizada através da apresentação das respectivas cartas de plenos poderes. Plenos poderes nada mais

⁵⁷ Cf. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. Op. cit., p. 188-189.

⁵⁸ CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. Idem, p. 190.

são do que os poderes conferidos aos negociadores para pactuar e firmar tratados. As pessoas que os recebem são designadas de plenipotenciários. A criação da necessidade dos plenos poderes aparece em razão da necessidade, visto que é impossível aos Chefes de Estado estarem assinando tratados ao mesmo tempo e em lugares diferentes. Também por motivo de ordem prática, para evitar que os tratados obriguem imediatamente os Estados⁵⁹. Nos tratados bilaterais, os plenos poderes são trocados pelos plenipotenciários e, nos multilaterais, quem faz a averiguação dos plenos poderes é uma comissão ou pelo Secretariado. De acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, no artigo 7º, a apresentação de plenos poderes pode ser dispensada, é o caso dos Chefes de Estado, os Chefes de Governo e os Ministros das Relações Exteriores, tidos como representantes de seu Estado.

No contexto atual, os plenos poderes não são muito usados em virtude da utilização da ratificação.

1.4.3. Consentimento das Partes e Objeto Lícito

O consentimento ou acordo de vontades das partes deve ser expresso e não deixar dúvidas quanto a sua manifestação. No campo dos tratados internacionais, não se aplicam as regras de Direito Civil relativas aos vícios de consentimento. Só se admitem as alegações de violência ou coação, desde que provadas, forem injustas e exercidas em desacordo com as regras do Direito Internacional. A denúncia de coação é mais comum nos casos de tratados de paz, concluídos geralmente entre um Estado vencedor e um Estado vencido. Na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, foi feita uma declaração objetivando complementar o seu artigo 52, proibindo a coação militar, política ou econômica.

⁵⁹ Quanto ao surgimento do instituto dos plenos poderes, observa o autor que, *se desenvolveu no Renascimento (o primeiro data de 1303) por influência do 'Corpus Juris Civilis', sendo regulado pelas normas do mandato, isto é, do direito civil. Deste modo, nos séculos XVI, XVII e XVIII, o soberano ficava obrigado aos atos assinados pelos seus plenipotenciários dentro dos 'plenos poderes' que lhes tinham sido concedidos. No século XVIII a sua importância começa a diminuir com o desenvolvimento do instituto da ratificação. As expressões 'plenos poderes' e 'plenipotenciários' têm sua origem no período monárquico.* In: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit., p. 204.

A China comunista tem defendido a nulidade dos chamados tratados desiguais, isto é, aqueles concluídos entre Estados com poder diverso e que se utilizam dessa prerrogativa para pressionar a outra parte contratante.

O objeto dos tratados internacionais deve ser lícito, visar a uma finalidade materialmente possível e autorizada pelo direito.

1.5. Aspectos Interpretativos, Modificativos e Extintivos

1.5.1. Interpretação Convencional

No campo do Direito Internacional clássico, quanto à questão da interpretação dos tratados, são estes regidos por regras específicas enunciadas nos artigos 31 a 33, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Tem como premissa básica que um tratado deve ser interpretado pelo princípio da boa-fé, observados os termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade. Frisa-se que o contexto também abrange o preâmbulo, os anexos, assim como qualquer acordo porventura realizado entre as partes quando da conclusão do tratado.

Além disso, a fórmula clássica de interpretação de tratados tem como suporte o princípio da autonomia da vontade do Estado, perfectibilizada através do consentimento e dos atos processuais pelos quais se expressa, bem como na formulação e apreciação das reservas pelos próprios Estados-partes.

Outra forma de interpretação de tratados baseia-se na concepção moderna dos vícios de consentimento e também sob o prisma atual do conceito do Direito das Gentes, o qual objetiva o universalismo e a integridade do Direito Internacional e não mais a ingerência interestatal nos tratados.

Por isso, os elementos que compõem a regra geral de interpretação de tratados,

estão amparados no princípio da boa fé, com base no texto do tratado, no contexto em que foi firmado e no seu objetivo, porque são os pontos mais presentes na interpretação dos tratados.

Ainda, o artigo 32, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, acrescenta que, quando a interpretação for realizada de acordo com o artigo 31, e mesmo assim o sentido do texto permanecer ambíguo ou obscuro, ou conduzir a um resultado manifestamente desarrazoado, alternativamente pode-se utilizar de meios suplementares de interpretação. Neste tópico, outra forma de interpretação está amparada no princípio da efetividade, segundo o qual deve assegurar às disposições convencionais seus efeitos próprios. O objeto e propósito do tratado podem ser precisados e desenvolvidos pelas próprias partes sob o efeito de determinados preceitos do Direito Internacional, ou, no domínio dos direitos humanos, pelos órgãos de supervisão internacional criados pelos tratados de proteção desses direitos.

Em síntese, os tratados devem ser interpretados no seu contexto geral, e cada parte complementar as outras.

1.5.2. A Interpretação Específica

Quando o tema versar sobre Direitos Humanos, não pode prevalecer a concepção clássica, de que as obrigações internacionais devem ser interpretadas restritivamente por decorrerem da soberania dos Estados. Assim, esta presunção não pode ser vinculada aos tratados de direitos humanos, porque a estes a interpretação deve ser a mais apropriada para a realização de seu objeto e propósito. O Estado, ao firmar um tratado de proteção aos direitos humanos, não pode invocar a soberania como elemento de interpretação dos tratados em que for parte, como bem assevera CANÇADO TRINDADE⁶⁰, os tratados de direitos humanos são claramente distintos dos tratados do tipo clássico, que estabelecem ou

⁶⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional de direitos humanos*. p. 29-30.

regulamentam direitos subjetivos, ou concessões ou vantagens recíprocas para as Partes Contratantes.

No que diz respeito aos tratados de direitos humanos, as obrigações possuem um caráter objetivo a serem garantidas ou implementadas coletivamente.

Portanto, em face da natureza especial dos tratados de direitos humanos, estes possuem mecanismos próprios de supervisão, por eles próprios criados. Estabelecem sistemas de proteção que solicitam uma interpretação objetiva de seus dispositivos, razão pela qual tem-se criado diferentes órgãos de supervisão internacional, o que já os diferencia de outros acordos multilaterais⁶¹.

Cumprе ressaltar que em certos tratados de direitos humanos estão previstas disposições expressas sobre a harmonização do direito interno dos Estados contratantes com as normas convencionais de proteção, o que proporciona uma crescente interpenetração entre os ordenamentos jurídicos internacional e interno no campo dos direitos humanos.

As regras de interpretação de tratados previstas na Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados concedem elementos orientadores da prática dos órgãos convencionais de supervisão de direitos humanos, consideradas como regras de ordem geral.

Na esfera específica do Direito Internacional de Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos prevêm formas de interpretação. A primeira Convenção, no seu artigo 29, estabelece o propósito de que as suas disposições devam ser interpretadas, visando sempre à proteção dos direitos nela previstos. Proíbe a interpretação que restrinja o exercício de direitos reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Estado-parte, ou que exclua ou limite o efeito

⁶¹ CANÇADO TRINDADE, cita o seguinte exemplo: *Foi graças à interpretação autônoma que, por exemplo, a Corte européia de Direitos Humanos, no célebre caso Marckx versus Bélgica (1979), concluiu que a distinção entre filhos 'legítimos' e 'ilegítimos', prevalecente na doutrina dos Estados europeus na década de cinquenta e ainda presente no direito de família belga, era incompatível com a proteção da vida familiar sob o artigo 8 da Convenção Européia de Direitos Humanos*. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Idem, p. 35-36.

que possa produzir, bem como outros atos internacionais da mesma natureza. No que se refere à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, esta estabelece, no seu artigo 60, que seu órgão de supervisão é a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Verifica-se, neste aspecto, a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos no que se refere ao processo de interpretação dos tratados e instrumentos que fazem parte do mesmo. Em razão do crescente número de tratados desta natureza, muitas vezes a interpretação e aplicação de dispositivos de um certo tratado de direitos humanos servem como suporte para um outro tratado da mesma natureza, devido a sua interação interpretativa, em benefício da proteção do ser humano.

Conclui-se, quanto a este tópico, que os tratados de direitos humanos são diferentes dos tratados clássicos. Estes regulamentam interesses recíprocos das partes contratantes. Já os tratados de direitos humanos têm como mola propulsora a noção coletiva dos direitos do ser humano e possuem mecanismos próprios de supervisão. Sua interpretação deve ser direcionada com base nos valores comuns superiores, que é a proteção do ser humano.

1.5.3. Possibilidades de Modificação

No que se refere à possibilidade de modificação dos tratados, deve-se considerar questões específicas como do foro jurídico, porque as mudanças também refletem no campo político e no campo das relações internacionais. Portanto, não se pode desvincular da problemática geral das relações internacionais a repercussão de modificações e ou revisões de um tratado⁶². Até o ano de 1945, a modificação de um tratado só ocorria se houvesse

⁶² MIRANDA, explica que *basta recordar questões como a das revisões de tratados de fronteiras ou de tratados sobre protecção de minorias nacionais ou de tratados de paz; e bem se sabe como foram, por exemplo, problemas respeitantes à revisão do Tratado de Versalhes e de outros tratados subsequentes à primeira guerra mundial que dominaram completamente as relações internacionais na Europa entre 1920 e 1939; ou como, já nessa altura e depois disso, alguns Estados extra-europeus (entre os quais a China) que tinham sido constrangidos, de uma maneira ou de outra, a celebrar determinados tratados com potências europeias, vieram considerar esses tratados injustos ou desiguais e desejar, se não a sua denúncia, pelo menos a sua modificação.* In: MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 106-107.

acordo de vontade de todos os Estados que dele participassem. No entanto, as relações internacionais atuais estão se tornando cada vez mais multilaterais, o que dificulta a exigência de acordo de vontade de todas as partes, pois em muitas situações acarretaria sérios transtornos de ordem prática.

Em razão disso, admite-se modificações dos tratados não por unanimidade, mas por maioria. No que se refere às modificações dos tratados pertinentes a fronteiras internacionais, é raro a alteração do conteúdo do tratado no que diz respeito a esse assunto, porque qualquer mudança atingiria o equilíbrio dos Estados, razão pela qual se preservam as fronteiras herdadas.

A tendência nos tempos atuais, na esfera das organizações internacionais, é a prática das modificações dos tratados a partir dos respectivos órgãos.

A Convenção de Viena, de 1969, no artigo 39, estabelece regras acerca da modificação dos tratados, confirmando que o princípio básico é o da necessidade de acordo de vontade das partes. Quando se tratar dos tratados multilaterais, há a possibilidade de modificação. No entanto, essas modificações apenas vincularão certas partes.

1.5.4. Causas de Extinção

As causas de extinção dos tratados internacionais⁶³ são inúmeras. Geralmente, nos tratados estão especificadas as formas de cessação, que pode se dar por vontade das partes, em forma de abrogação, conforme estabelece o artigo 54º, alínea b, da Convenção de Viena, e também por celebração de tratado ulterior sobre a mesma matéria, no artigo 59º. A cessação por caducidade ocorre em razão do decurso do prazo de vigência do tratado, ou por

⁶³ Várias são as formas de extinção dos tratados: *As causas previstas pela Convenção correspondem de um modo geral aos modos de extinção enumerados pela doutrina, ou seja: 1) a execução integral do tratado; 2) a expiração do prazo convencionado; 3) a verificação de uma condição resolutória, prevista expressamente; 4) acordo mútuo entre as partes; 5) a renúncia unilateral, por parte do Estado ao qual o tratado beneficia de modo exclusivo; 6) a impossibilidade de execução; 7) a denúncia, admitida expressa ou tacitamente pelo próprio tratado; 8) a inexecução do tratado, por uma das partes contratantes; 9) a guerra sobrevinda entre as partes contratantes; e 10) a prescrição liberatória.* In: ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., 37.

execução do próprio tratado, ou por alteração fundamental de circunstâncias ou cláusula, e pela impossibilidade superveniente de execução. Nos casos de tratados bilaterais, existem as seguintes causas: denúncia e inexecução do tratado por uma das partes⁶⁴.

Passa-se a abordar algumas das principais causas apontadas:

1) *Pelo Cumprimento das Obrigações*, a forma mais comum de extinção do tratado é pelo cumprimento das obrigações firmadas, como no caso de um tratado de cessão de território, ou que vise ao pagamento de uma indenização, ou que delimite áreas de fronteiras entre Estados.

2) *Expiração do prazo*, extingue-se o tratado internacional também pela expiração do prazo estipulado entre as partes, desde que fixado prazo certo e determinado. Ou, então, no caso de ocorrer a condição resolutória, quando as partes convencionam expressamente o término do tratado, ou, então, quando determinado fato se realizar ou não for produzido.

3) *Renúncia Unilateral*, outra forma de extinção dos tratados internacionais é a renúncia unilateral por parte do Estado, ao qual o tratado beneficia de modo exclusivo. Isto é, quando o tratado estabelecer vantagens para uma das partes e obrigações para outra, extinguir-se-á logo que o beneficiário renunciar às suas vantagens.

4) *Outras formas*, também ocorre a extinção pela impossibilidade de execução, física ou jurídica. A denúncia pode ser outra forma de extinção dos tratados internacionais, desde que haja previsão no próprio tratado. Se não estiver, só será lícita quando admitir a sua possibilidade, ou o direito de denunciar puder ser deduzido por força da natureza do contrato. A intenção deve ser manifestada por meio de notificação das partes com antecedência de doze meses. Entende-se que a denúncia é o ato pelo qual uma das partes contratantes comunica à outra a intenção de extinguir o contrato, ou de não mais fazer parte do mesmo. Há

⁶⁴ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 109-110. Classificação baseada na obra do autor.

entendimento majoritário que os tratados por prazo indeterminado podem ser denunciados, uma vez que nenhum tratado pode ter caráter perpétuo. O tratado denunciado ilegalmente importa em responsabilização internacional do Estado denunciante. No Brasil, não há necessidade de ser aprovada a denúncia pelo Poder Legislativo. Há de se ressaltar, que os tratados relativos aos direitos humanos não estão sujeitos à denúncia.

Portanto, quando um tratado não especifica a forma de cessação de vigência, a existência de um direito de denúncia depende da intenção das partes. De conformidade com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a presunção é a de que um tratado não está sujeito à denúncia ou recesso, especialmente os tratados de paz.

Pode ocorrer a arguição de exceção de não cumprimento ou suspensão do cumprimento do tratado, casos em que o Estado-parte de um tratado, pode invocar o estado de necessidade ou força maior. Por exemplo, a hipótese de efeitos de uma catástrofe natural ou de uma invasão estrangeira, a legítima defesa militar em caso de conflito armado e guerra civil, são formas de não cumprimento de um tratado.

A maneira mais preponderante de extinção dos tratados é a cessação da vigência ou recesso através de acordo entre as partes. Também é possível cessar os efeitos de um tratado quando se caracteriza violação substancial, prerrogativa de que goza a parte que sofreu o ato ilícito, matéria tratada no artigo 60º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

CAPITULO II

A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Com o número crescente de celebrações de tratados no país, é de suma importância a análise da incorporação desses tratados internacionais na ordem jurídica interna brasileira.

Sempre houve discussão a respeito das relações entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna. Três vertentes predominam nesta área. A primeira diz respeito à estrutura do Direito Internacional e a sua conjugação com o Direito interno, a qual segue o entendimento que o Direito Internacional, como ordem jurídica, estaria à frente do Direito estatal. A segunda tem ligação com a forma de se estabelecer a relação entre as normas de Direito das Gentes e as normas de Direito interno, referentes às técnicas previstas de recepção, de incorporação, de transformação e adaptação das normas jurídicas internacionais na ordem jurídica interna do Estado. A terceira diz respeito às relações hierárquicas ou funcionais entre as normas de Direito Internacional, que se aplicam na ordem interna, e às normas de Direito interno, independentemente de sua natureza, seja norma de âmbito constitucional ou de direito ordinário.

Para MIRANDA⁶⁵, o problema se divide em três dimensões. O problema das relações entre Direito Internacional e Direito interno; a questão dos processos técnicos de relevância interna das normas de Direito Internacional; a questão da posição recíproca das

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 167.

normas de natureza internacional, relevantes na ordem jurídica interna. A primeira tem caráter extremamente teórico e as demais apresentam importância de ordem prática.

Em razão disso, faz-se necessário alguns apontamentos sobre como a doutrina tem se posicionado a respeito das relações entre Direito Internacional e o Direito interno.

2.1. Relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno

O tema acerca da incorporação de tratados internacionais no Direito interno dos Estados, ainda, é fato gerador de controvérsias, por ser um assunto pouco mencionado na comunidade jurídica brasileira e, também, por desconhecimento do alcance de sua força normativa no campo do Direito interno.

É comum, nesta área, a indagação: os tratados internacionais formam um ordenamento jurídico autônomo, com regras próprias, ou eles se incorporam à ordem jurídica interna de cada Estado? No entanto, a discussão também se instala no que se refere ao momento posterior ao ato da ratificação do tratado, se há necessidade ou não de um ato normativo interno, para que o tratado possa gerar efeitos na esfera jurídica interna de cada Estado. Ou ainda, se há necessidade de ato jurídico interno que transporte o conteúdo do tratado internacional para o plano do ordenamento jurídico interno, reproduzindo-o sob a roupagem de ato normativo interno.

Dessa temática surgiram as teorias dualista e a monista, sobre as quais serão a seguir focalizados alguns pontos, pois ambas fornecem suportes doutrinários referentes à solução a ser adotada pelos Estados, quando houver o conflito entre o tratado internacional e o Direito interno.

Quando se abordam aspectos destas teorias, o primeiro questionamento que surge é saber se o Direito Internacional e o Direito interno de cada Estado são ordens jurídicas

diferentes ou fazem parte do mesmo Direito. Para FRAGA⁶⁶, se considerarmos que são duas ordens jurídicas distintas, com fontes e estruturas diversas, existiria alguma relação entre elas? Ou, então, se considerarmos que o Direito é um só, mas com dois aspectos diferenciados, qual deles tem superioridade, o interno ou o internacional? Essas indagações são relevantes na medida em que as relações internacionais aumentam expressivamente, e os Estados se relacionam com mais frequência.

Na hipótese de um conflito entre norma interna de um Estado e norma internacional, certamente surgirá a questão: qual norma prevalece, a interna ou a do Direito Internacional?

As relações entre o Direito Internacional e o Direito interno, podem ser estudadas a partir do ponto de vista das duas correntes, isto é, a teoria monista e a teoria dualista, como anteriormente já destacado.

2.1.1. Aspectos sobre a Teoria Monista

De acordo com a concepção monista, o Direito Internacional e o Direito interno compõem uma mesma ordem jurídica. Há equiparação entre os sujeitos, as fontes, o objeto e a estrutura dessa mesma ordem jurídica, elementos que interagem entre si. Os principais precursores desta corrente são Hans Kelsen, Alfred Verdross, Jimenez de Arechaga e Miaja de la Muela⁶⁷.

O monismo sustenta a existência de uma única ordem jurídica. A teoria monista encontra como suporte o princípio da subordinação⁶⁸, o qual estabelece que todas as normas jurídicas se acham subordinadas entre si, dentro de uma ordem rigorosamente

⁶⁶ FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira.** p. 4.

⁶⁷ Idem, ibidem.

⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. **A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil : particular enfoque da convenção americana sobre direitos humanos.** p. 22. O autor, ao referir-se a esta teoria, ensina que para os monistas não há independência entre a ordem jurídica internacional e nacional, razão por que a ratificação do tratado por um Estado importa na incorporação automática de suas normas à respectiva legislação interna.

hierárquica, tendo como principais características⁶⁹: a) imediatividade das normas internacionais em relação ao Direito interno; b) divergências de grau e não de essência entre um e outro ramo do Direito; c) opção imperiosa por uma das ordens conflitantes.

Todavia, a teoria monista foi dividida em duas correntes de pensamento. A primeira sustenta a existência de uma ordem, tanto composta de regras internacionais como internas, sob o primado do Direito Internacional; a segunda, defende a primazia do Direito nacional, argumentando ser uma opção do Estado soberano a adoção de regras de Direito Internacional. Esta segunda corrente subdivide-se em monismo radical e monismo moderado, a seguir abordadas.

O monismo, com primado de Direito interno⁷⁰, concebe o Direito Internacional como uma categoria de Direito estadual externo, porém, prevalecendo as regras de Direito interno e a vontade do Estado. Tal visão é considerada ultrapassada nos tempos atuais. Já o monismo, com primado de Direito Internacional⁷¹, afirma ser necessária a interação das normas jurídico-internacionais e das normas jurídico-estatais num espaço maior. Todavia, a unidade há que resultar do próprio Direito Internacional ou da projeção dos seus princípios sobre o Direito interno, prevalecendo as normas de Direito Internacional sobre as de Direito interno.

⁶⁹ FRAGA, Mirtô. Op. cit., p. 7.

⁷⁰ MELLO, a respeito do monismo com primazia do Direito interno, ensina que esta corrente *tem suas raízes no hegelianismo, que considera o Estado como tendo uma soberania absoluta, não estando, em consequência, sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. Assim sendo, o próprio fundamento do DI é a autolimitação do Estado, na formulação definitiva desta teoria feita por Jellinek. O DI tira a sua obrigatoriedade do Direito Interno. O DI é reduzido a um simples 'direito estatal externo'. Não existem duas ordens jurídicas autônomas que mantenham relações entre si. O DI é um direito interno que os Estados aplicam na sua vida internacional. Esta concepção foi seguida por Wenzel, os irmãos Zorn, Decençière-Ferrandière, Verdross (inicialmente). In.: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit., p. 111.*

⁷¹ Sobre o monismo com primazia do Direito Internacional preleciona este autor que *foi desenvolvido principalmente pela escola de Viena (Kelsen, Verdross, Kunz, etc.). Kelsen, ao formular a teoria pura do direito, enunciou a célebre pirâmide de normas. Uma norma tem a sua origem e tira sua obrigatoriedade da norma que lhe é imediatamente superior. No vértice da pirâmide estava a norma fundamental, a norma base ('Grundnorm'), que era uma hipótese, e cada jurista podia escolher qual seria ela. Diante disso, a concepção kelseniana foi denominada na sua primeira fase de teoria da livre escolha; posteriormente, por influência de Verdross, Kelsen sai do seu 'indiferentismo' e passa a considerar a 'Grundnorm' como sendo uma norma de DI: a norma costumeira 'pacta sunt servanda'. Em 1927, Duguit e Politis defendem o primado do DI e com eles toda a escola realista francesa, que apresenta em seu favor argumentos sociológicos. A concepção ora estudada parte da não existência de diferenças fundamentais entre as duas ordens jurídicas. A própria noção de soberania deve ser entendida com certa relatividade e dependente da ordem internacional. In.: Idem. p. 112.*

A linha doutrinária divergente, denominada de monismo radical, preconiza a prevalência do Direito Internacional. Neste sentido, MIRANDA destaca que *no monismo radical, dir-se-á que qualquer norma de Direito interno, inclusive de Direito constitucional, só será válida se respeitar normas de Direito internacional; a norma fundamental, em suma, de todo universo jurídico, ou de um sistema jurídico complexo é uma norma de Direito internacional*⁷².

No que diz respeito ao monismo classificado como moderado, a relação entre normas de Direito interno e normas de Direito Internacional não se limita a uma relação de validade. Poderá ocorrer descompasso entre lei interna e tratado, o que não resultará na invalidade da lei, mas sim na sua ineficácia ou então na responsabilidade internacional do Estado.

É importante mencionar a distinção entre Direito ordinário e Direito Constitucional. À Constituição de cada Estado cabe regular a forma como as normas internacionais passam a ter importância ou a forma como são recepcionadas pelo Direito interno.

Para alguns autores, entre eles MIRANDA⁷³, embora existam várias correntes dentro da teoria monista, na essência, todas apresentam como ponto convergente a unidade sistemática das normas de Direito Internacional e das normas de Direito interno. Os ordenamentos jurídicos internacional e interno se comunicam entre si. Um não pode descartar o outro, uma vez que a natureza das normas deve ser idêntica ou semelhante. Independentemente da origem, as normas podem regular iguais situações do cotidiano e as mesmas matérias, sendo necessário apenas estabelecer formas adequadas de articulação.

Em síntese, para os adeptos da primeira corrente, haveria a prevalência do

⁷² MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 169.

⁷³ Idem, p. 168.

Direito interno, já que não existe uma autoridade supra-estatal, sendo competência de cada Estado determinar livremente suas obrigações na esfera internacional. Somente ao Estado caberia a forma de executá-las e concluir tratados em seu nome, gerando efeitos na ordem internacional.

Para os adeptos do monismo, como primazia do Direito Internacional, o entendimento é de que não existem duas ordens jurídicas coordenadas, mas sim duas ordens jurídicas hierárquicas, ou seja, a do Direito Internacional é superior, e a de Direito interno é subordinada.

Para os seguidores desta corrente, o ato de ratificação do tratado gera efeitos, no mesmo instante, tanto no plano internacional como interno de cada Estado. Ou seja, os tratados são incorporados automaticamente no plano interno.

Grande parte dos países europeus aplica a corrente monista, como a França, a Suíça e os Países-Baixos, bem como os Estados Unidos, que também adotam esta corrente.

Essa forma de incorporação é amplamente considerada como a mais efetiva e também a mais avançada sistematicamente, para assegurar a implementação aos tratados internacionais no plano interno.

2.1.2. Aspectos sobre a Teoria Dualista

Para os adeptos da teoria dualista, o Direito Internacional e o Direito interno são formados por ordens jurídicas diferentes entre si⁷⁴.

A teoria dualista tem como direção a divisão total entre a ordem jurídica interna e a internacional. Não há possibilidade de conflito entre ambas. Essa teoria tem como

⁷⁴ GOMES, ensina que *para a teoria dualista, as duas ordens jurídicas – internacional e nacional – são independentes e não se comisturam. A ratificação do tratado importa no compromisso de legislar na conformidade do diploma ratificado, sob pena de responsabilidade do Estado na esfera internacional; mas a complementação ou modificação do sistema jurídico exige um ato formal por parte do legislador nacional.* In: GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 22.

precursor Heinrich Triepel e principais seguidores, Dionisio Anzilotti, Karl Strupp, Gustav Adolph Walz e Franz Von Liszt⁷⁵.

Destacam-se alguns aspectos da teoria dualista, que a diferenciam da teoria monista com base na obra de FRAGA⁷⁶: a) constituem-se como duas ordens separadas, prevalecendo a validade de normas internas, mesmo que contrárias ao Direito das Gentes; b) impossibilidade de que a ordem jurídica possa determinar a validade das normas de outra ordem; c) inadmissibilidade da norma internacional no Direito interno; d) necessidade de transformação da norma internacional para integrar-se no Direito interno.

Para os dualistas, as ordens jurídicas interna e internacional são distintas e separadas entre si. O Direito Internacional só existe em razão do Estado, pois este é, no caso, o elemento principal da questão.

No que diz respeito à ratificação dos tratados, o entendimento é que este ato só gera efeitos no campo internacional, após ser convalidado plenamente no âmbito interno, momento em que passa o tratado a produzir seus efeitos no viés doméstico do Estado.

Desta forma, o Direito Internacional e o Direito interno apresentam divisões nítidas. São dois sistemas com fundamentos e limites diversos. Não há nenhuma comunicação direta entre ambos, porque jamais uma norma pertencente a um sistema pode ter validade no interior de outro sistema, ficando a valer como mero fato para o direito interno, já que o seu conteúdo poderá ser modificado, reproduzido, fazendo surgir uma nova norma⁷⁷.

A divergência entre monistas e dualistas, que teve mais ênfase a partir da década de trinta, está centralizada na forma de interação entre os dois ordenamentos jurídicos.

⁷⁵ FRAGA, Mirtô. Op. cit., p. 5.

⁷⁶ Idem, p. 5-6.

⁷⁷ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 168. O autor enfatiza que *esta trilha de pensamento não põe, necessariamente, em causa a natureza de ordenamento jurídico do Direito das Gentes. Mas é particularmente enfatizada por aqueles autores que conferem um realce muito grande à soberania do Estado e, doutro prisma, por aqueles autores (como TRIEPEL, com a sua aludida tese da *Vereinbarung* ou vontade comum, colectiva ou conjunta dos Estados, como fundamento do Direito internacional) que acentuam as diferenças estruturais ou as linhas divisórias do Direito interno e do Direito internacional*. In: Idem, *ibidem*.

Como já mencionado, para os monistas, os ordenamentos jurídicos (externo e interno) formam um todo único, pensamento não acolhido pelos dualistas. Para estes, os ordenamentos são diferentes, separados entre si. Todavia, esta divergência passa a ser considerada como ultrapassada, quando ambas as concepções concordam com a superioridade do Direito Internacional sobre o Direito interno na hipótese de conflitos. Partilha desse entendimento MEZZAROBÀ, com sustentáculo na lição de Vignali, que diz: *para todos os efeitos, essa divergência acaba sendo superada no momento em que ambas as correntes aceitam a superioridade do Direito Internacional Público sobre o direito interno em caso de conflitos. Para os 'monistas', tal prevalência ocorre por ordem natural de unicidade, que aplicará sempre a norma superior. Já para os 'dualistas', a primazia do Direito Internacional Público em relação aos ordenamentos jurídicos internos não ocorre por uma questão de hierarquia, mas sim por conta do princípio da honorabilidade de compromissos assumidos*⁷⁸.

Ainda, na lição do autor, (...) *Se um Estado soberano pactuou livremente qualquer compromisso internacional, caberá a ele mesmo, através da boa fé, honrá-lo e executá-lo no seu âmbito interno.*⁷⁹

O Brasil, adota a corrente dualista, ou seja, aceita duas ordens jurídicas diversas, a ordem interna e a ordem internacional. Para que o tratado ratificado produza efeitos no ordenamento jurídico interno brasileiro, é necessário a edição de um ato normativo nacional, ou seja, um decreto de execução, emanado pelo Presidente da República, com a finalidade de conferir execução e cumprimento ao tratado ratificado, no âmbito interno.

Mesmo que as orientações das teorias citadas sejam relevantes, a questão fundamental a saber é se os tratados internacionais possuem força vinculante para os Estados

⁷⁸ MEZZAROBÀ, Orides. *Uma ótica sobre a questão da interação entre o Direito Internacional Público e o Direito interno no sistema de proteção dos direitos humanos*. p. 7-8.

⁷⁹ In.: Idem, *ibidem*.

que os celebram, ou se apenas servem de recomendação para que os Estados soberanos estabeleçam suas próprias regras sobre a matéria de que tratam os diplomas internacionais.

Atualmente, não se questiona a força normativa dos tratados internacionais em relação aos Estados pactuantes e seus indivíduos. A posição de que as regras contidas nos tratados internacionais são apenas orientações, podendo o Estado segui-las ou não, encontra-se superada, porque elas têm força cogente para o Direito interno desde o momento em que são inseridas no ordenamento jurídico de cada país. A controvérsia está justamente na questão de suas vigências: se elas ocorrem automaticamente ou se há necessidade de serem adotadas determinadas medidas ou formalidades.

No Brasil, como já evidenciado, adota-se solução equiparada à teoria dualista, porém sem o extremismo de elaboração de lei formal para que ocorra a incorporação do Direito Internacional no Direito interno. Não se contentou o legislador constituinte com a simples ratificação, como já referido. É atribuição do Congresso Nacional examinar e aprovar o conteúdo do tratado, passando em primeiro lugar pela Câmara e depois pelo Senado. Ocorrendo a aprovação do tratado pelas duas Casas Legislativas, formalizar-se-á a decisão do Parlamento através de decreto legislativo, expedido pelo Presidente do Senado e publicado no Diário Oficial da União. Percorridas essas etapas, inicia-se a última fase, que é a promulgação pelo Presidente da República, também via decreto. Somente a partir desse ato é que o tratado internacional vigora na ordem jurídica interna brasileira.

Dessa forma, afirma-se que não há mais espaço para a posição doutrinária que pretende retirar a força vinculante e imperativa das regras internacionais, visto que estas, quando inseridas no ordenamento jurídico, não são orientações, mas passam a vigorar com a mesma força cogente do Direito interno.

É importante ressaltar a atual tendência das teorias conciliadoras,⁸⁰ que tentam mesclar alguns aspectos da concepção monista com a dualista. As teorias conciliadoras buscam a responsabilização internacional do Estado através de norma interna, quando da violação do Direito Internacional, mesmo que a norma violadora interna seja obrigatória para os órgãos e cidadãos do Estado. De acordo com os entendimentos de ROBERT e SÉGUIN, *a consagração da primazia do Direito Internacional é observada na jurisprudência, mas não devemos perder de vista o fato de que o ordenamento jurídico interno deve conformar-se com o Direito Internacional sob pena de existência de duas ordens jurídicas contraditórias e válidas ao mesmo tempo*⁸¹.

Verifica-se que as teorias conciliadoras, na essência, afirmam a primazia do Direito Internacional, ao aceitarem a responsabilidade internacional do Estado, quando o seu Direito interno violar a ordem jurídica internacional. Na verdade, constata-se que a ordem interna e internacional se interpenetram.

Já a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 não deu preferência à supremacia da norma de uma ou de outra ordem. Adotou a via conciliatória.

A partir do exposto, entende-se que nas relações entre o Direito Internacional e o Direito interno existem adeptos das duas correntes doutrinárias. Entretanto, aquela que reúne maior número de seguidores é a teoria monista e sua tese de prevalência a da primazia do Direito Internacional.

Os argumentos em favor desta opção centralizam-se na questão da amplitude

⁸⁰ MELLO informa que um dos grupos fundamentais destas teorias é formado por doutrinadores espanhóis, tendo como direção *a independência entre as duas ordens jurídicas, mas acrescentam que elas estão coordenadas sob o direito natural. É, em última análise, a consagração do primado do direito natural. Esta é a teoria defendida por Antonio de Luna e seus seguidores, como Adolfo Miaja de la Muela, Mariano Aguilar Navarro, Antonio Truyol y Serra. Este último, ao sintetizar a presente corrente, declara que a solução da questão ora estudada só pode ser encontrada 'em um equilíbrio harmônico entre a comunidade internacional e o Estado.'* Admite ainda a responsabilidade internacional do Estado por norma interna violadora do DI, ainda que tal norma interna seja obrigatória para os órgãos e súditos do Estado. In.: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit., p. 113.

⁸¹ ROBERT, Cinthia, SÉGUIN, Elida. *Direitos humanos, acesso à justiça: um olhar da defensoria pública*. p. 57.

das matérias que estão sendo regulamentadas pelo Direito Internacional, no crescimento das organizações internacionais e na concepção mais contemporânea do indivíduo como sujeito de Direito Internacional. Além disso, as normas internacionais só têm importância, se aplicadas na ordem interna, tais como os pactos e convenções de proteção dos direitos do homem, uma vez que a relação entre o Direito Internacional e o Direito interno comum deve primar pela uniformidade, visando ao bem comum universal.

2.1.3. O Conflito entre a Norma Internacional e a Norma Interna

O Direito Internacional clássico tinha o campo de atuação bastante limitado, pois se restringia praticamente a regular as situações de paz e de guerra e as relações diplomáticas entre os Estados⁸².

Atualmente, o campo de atuação do Direito Internacional se expandiu. Prova disso são os diversos temas que fazem parte dos tratados internacionais, dando margem a possíveis conflitos entre norma internacional e o direito interno.

Diante disso, é necessário definir qual a estatura da norma jurídica internacional no ordenamento jurídico brasileiro. Na hipótese de não haver norma internacional que assegure o primado dos Direitos das Gentes, tal hipótese deve ser definida pela lei fundamental do Estado soberano, respeitada a supremacia da Constituição do Estado.

Todavia, a questão fundamental é buscar solução para o confronto entre o tratado e as leis infraconstitucionais. Alguns países, entre eles a Grécia, a França, o Peru e a Holanda, adotam o princípio da primazia da norma internacional sobre a norma interna. Outros países, porém, adotam tratamento paritário entre o tratado e a lei nacional. No que se refere à legislação brasileira, a Constituição Federal do Brasil de 1988 adotou o modo paritário quando submeteu os tratados ao controle de constitucionalidade, através do artigo

⁸² ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., p. 5.

102, III, letra b, a exemplo das leis infraconstitucionais.

A partir dessa constatação, verifica-se também, na citada Constituição, que o tratamento dado aos tratados internacionais de direitos humanos deve ser diferenciado dos tratados tradicionais. A preocupação com os direitos humanos vem sendo constante na esfera do Direito Internacional. O ser humano passa a ter maior relevância nos campo das relações internacionais. Hoje, teoricamente, não se discute mais se o homem é ou não sujeito de direito, dando a entender que esta questão encontra-se ultrapassada, porque não se pode afirmar que a proteção dos direitos humanos recaia somente na jurisdição interna dos Estados. O ideal é que as normas internacionais e internas de proteção aos direitos humanos estejam em consonância, buscando-se a melhor forma de resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana. Contudo, lamentavelmente, essa práxis não se encontra consolidada de forma global.

Nesse sentido, a discussão da primazia entre as normas internacionais e a norma interna deveria ser inócua, quando se trata do tema direitos humanos, já que os tratados, nesta esfera, não se enquadram na moldura clássica dos tratados tradicionais, como bem enfatiza ROCHA, ao afirmar que *os mecanismos adotados por tais diplomas transcendem aos interesses dos Estados pactuantes, na medida em que dão ênfase a interesses gerais e estabelecem obrigações a serem implementadas de forma coletiva*⁸³.

Conclui-se que, quando o tratado diz respeito à proteção dos direitos humanos, suas normas devem prevalecer sobre as normas internas. Os direitos humanos são superiores aos demais direitos dos Estados, cabendo a eles proteção e defesa. Jamais deixar de reconhecê-los e de aplicá-los, sob a alegação de que seus tratados estão em dissonância com

⁸³ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro*. p. 80.

as normas internas do Estado, ou de utilizar mecanismos para retardar a vigência desses tratados.

Feitas estas considerações, passa-se a abordar o aspecto da Constituição brasileira de 1988, e a questão dos direitos e garantias fundamentais.

2.2. A Constituição Brasileira de 1988 e os Direitos Fundamentais

2.2.1. A Questão Terminológica e Conceitual

Os direitos humanos fundamentais surgiram a partir da união de várias fontes, como de correntes filosófico-jurídicas, de idéias advindas com o cristianismo e com o direito natural⁸⁴, e tem como ponto convergente a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado, por suas autoridades constituídas. Consagra, também, os princípios da igualdade e legalidade como pontos cruciais a direcionarem o Estado contemporâneo⁸⁵.

Segundo GUERRA FILHO, os direitos humanos podem ser estudados sob várias dimensões. O autor, em seu artigo, afirma que essa multidimensionalidade seria uma característica já do próprio modelo epistemológico mais adequado para investigá-los, como propõe Robert Alexy, em sua *Habilitationschrift*, com apoio em seu mestre, Ralf Dreier. Tal modelo é dito tridimensional, e pode ser visto como uma tentativa de conciliar de modo produtivo as três principais correntes do pensamento jurídico, a saber, o positivismo

⁸⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** p. 19.

⁸⁵ Quanto ao aspecto histórico e a importância da nova visão acerca da proteção dos direitos humanos, ALVES ensina que: *Com a derrocada dos regimes comunistas do Leste europeu, e o conseqüente fim da Guerra Fria, as relações internacionais têm registrado mudanças tão vertiginosas que hoje soa obsoleta a própria expressão 'nova ordem internacional', alardeada até há pouco. Em 1989, o artigo de Francis Fukuyama sobre o 'fim da história' era acolhido pelo triunfalismo do Ocidente desenvolvido como o manifesto da vitória do capitalismo no mundo. Já em 1991, a metáfora de Jean-Christophe Rufin sobre o 'império' – ocidental e opulento – cercado pelos 'novos bárbaros' esfaimados do Terceiro Mundo gerava inquietações. Em 1992, em meio às guerras na antiga Iugoslávia e diante do recrudescimento do racismo, da xenofobia e do neonazismo no Primeiro Mundo, seria difícil para Rufin apontar claramente quem são os 'novos bárbaros'. Apesar da desordem imperante no sistema internacional, e das dificuldades encontradas para sua estabilização, alguns elementos podem ser facilmente identificados no que se espera seja uma nova ordem em gestação. O primeiro é a revalorização das Nações Unidas como instrumento para a solução de conflitos. O segundo, decorrente da superação da competição ideológica capitalismo x comunismo, e substancialmente impulsionado pela ONU, é a afirmação de certos assuntos como 'novos temas' de interesse global na agenda internacional. Dentre esses temas, os de maior prioridade, e por isso objeto das duas primeiras Conferências Mundiais da década de 90, têm sido o da proteção ao meio ambiente e o dos direitos humanos.* In.: ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global.** p. 1-2.

normativista, o positivismo sociológico ou realismo, e o jusnaturalismo⁸⁶.

Sobre as diferentes dimensões em que os direitos fundamentais podem ser estudados, o autor afirma que a primeira dimensão é dita ‘analítica’, sendo aquela onde se burila o aparato conceitual a ser empregado na investigação, num trabalho de distinção entre as diversas figuras e institutos jurídicos situados em nosso campo de estudo. Uma segunda dimensão é denominada ‘empírica’, por ser aquela em que se toma por objeto de estudo determinadas manifestações concretas do direito, tal como aparecem não apenas em leis e normas do gênero, mas também – e, principalmente –, na jurisprudência. Finalmente, a terceira dimensão é a ‘normativa’, enquanto aquela em que a teoria assume o papel prático e deontológico que lhe está reservado, no campo do direito, tornando-se o que com maior propriedade se chamaria doutrina, por ser uma manifestação de poder, apoiada em um saber, com o compromisso de complementar e ampliar, de modo compatível com suas matrizes ideológicas, a ordem jurídica estudada⁸⁷.

Observa MAGALHÃES, que quando falamos em Direitos Humanos, utilizamos esta expressão como sinônimo dos direitos fundamentais. Portanto, direitos fundamentais são, os direitos individuais fundamentais (relativos à liberdade, igualdade, propriedade, segurança e vida); os direitos sociais (relativos à educação, trabalho, lazer, seguridade social entre outros); os direitos econômicos (relativos ao pleno emprego, meio ambiente e consumidor); e direitos políticos (relativos às formas de realização da soberania popular)⁸⁸.

Acerca do assunto terminológico, FERREIRA FILHO⁸⁹, ensina que a expressão politicamente correta é direitos humanos ou direitos humanos fundamentais.

⁸⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade**. p. 11-12.

⁸⁷ In.: Idem, *ibidem*.

⁸⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A indivisibilidade dos direitos humanos**. p. 1.

⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. p. 13-15

Em razão da própria evolução histórica e da transformação dos direitos fundamentais, verifica-se que os autores não chegaram a um consenso conceitual sobre tal categoria normativa, uma vez que os doutrinadores os classificam como: direitos naturais, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos e liberdades fundamentais⁹⁰.

Para LEAL a idéia de classificação ou distinção entre direitos fundamentais pode também ensejar uma hierarquização entre os direitos humanos, exatamente levando em conta o caráter fundamental ou não, o que não se pretende, inclusive para preservar a pluralidade de interesses e expectativas políticas que o tema envolve. Resgatando um pouco o histórico que até agora se apresenta, poder-se-ia afirmar que, paralelamente aos direitos humanos consagrados nos textos jurídicos internacionais, há os direitos elementares ou suprapositivos, dentre os quais, aqueles cuja validade independe da aceitação por parte dos sujeitos de direito, e que estão na base da comunidade internacional.

O autor cita como exemplo (...) *o fato de a Carta das Nações Unidas reconhecer, em seu preâmbulo, que os povos das Nações Unidas se mostram dispostos a reafirmar sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana. Pode-se concluir, assim, que no pensamento prevalece a idéia de indivisibilidade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Esta idéia pressupõe que os direitos humanos formam um bloco único e não podem ser situados uns sobre os outros, em uma escala de preferências ou exclusões*⁹¹.

⁹⁰ Segundo a concepção de CARVALHO, *o caráter fundamental de um direito tem raízes na perenidade já que, como afirma Van Boren, direitos fundamentais são aqueles cuja validade não depende da aceitação do sujeito de direito. E pedimos vênica para acrescentar: essa validade não depende da aceitação, como também não se sujeita à repulsa do sujeito de direito. Trata-se de princípio imperativo, indisponível e inderrogável. Direitos fundamentais ou essenciais são atributos ínsitos a toda criatura humana. Nela, estão forçosamente presentes. Do contrário, a espécie humana estaria desfigurada e indefesa, haja vista o direito à vida, um direito fundamental por excelência, por isso irrenunciável, mesmo porque representa o paradigma de uma síntese ideal de todos os direitos de que se reveste o homem. Primacialmente, tudo depende do direito à vida, do qual irradiam os demais direitos. A existência dos direitos humanos é consecutória do direito de existir.* In.: CARVALHO, Júlio Marino de. **Os direitos humanos no tempo e no espaço**. p. 48-49.

⁹¹ LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia**. p. 93-94.

Assim, a expressão direitos fundamentais também é usada como sinônimo de direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades fundamentais, direitos humanos fundamentais.

No entanto, a doutrina diverge quanto ao conceito terminológico do termo direitos fundamentais⁹². Na concepção de MORAES, direitos fundamentais *é o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana*⁹³.

SARLET aponta diferenças entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos. Reconhece que, embora sejam comumente usadas como sinônimos. Para ele, *o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado*⁹⁴.

Segundo o autor, *a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)*⁹⁵.

Também, para GUERRA FILHO, há distinção entre os termos direitos fundamentais e direitos humanos. Segundo sua concepção, do âmbito histórico, ou seja, na

⁹² LEAL, sobre a questão terminológica, ensina que *a idéia de classificação ou distinção entre direitos fundamentais pode também ensejar uma hierarquização entre os direitos humanos, exatamente levando em conta o caráter fundamental ou não, o que não se pretende, inclusive para preservar a pluralidade de interesses e expectativas políticas que o tema envolve. Resgatando um pouco o histórico que até agora se apresenta, poder-se-ia afirmar que, paralelamente aos direitos humanos consagrados nos textos jurídicos internacionais, há os direitos elementares ou suprapositivos, dentre os quais, aqueles cuja validade independe da aceitação por parte dos sujeitos de direito, e que estão na base da comunidade internacional. Exemplo disto é o fato de a Carta das Nações Unidas reconhecer, em seu preâmbulo, que os povos das Nações Unidas se mostram dispostos a reafirmar sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana. Pode-se concluir, assim, que no pensamento prevalece a idéia de indivisibilidade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Esta idéia pressupõe que os direitos humanos formam um bloco único e não podem ser situados uns sobre os outros, em uma escala de preferências ou exclusões.* In: Idem, Ibidem.

⁹³ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 39.

⁹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 31.

⁹⁵ In.: SARLET, Ingo Wolfgang. Idem, ibidem.

dimensão empírica, os direitos fundamentais são (...) *originalmente direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os direitos fundamentais, devemos distingui-los enquanto manifestações positivas do direito, com a aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, situadas em uma dimensão suprapositiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas de direito interno*⁹⁶.

Para BONAVIDES⁹⁷, que segue a lição de Carl Schmitt, existem dois critérios formais para caracterização dos direitos fundamentais. O primeiro, designa-se por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeadas e especificadas na Constituição; o segundo, diz que os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau superior de garantia ou de segurança, são imutáveis, sendo que cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.

Afirma o autor que a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789⁹⁸.

No âmbito dessa discussão teórico-doutrinal, colhe-se de MORAES, o seguinte conceito de direitos humanos: é o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção

⁹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit., p. 12.

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 515.

⁹⁸ In.: Idem. p. 516.

contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana⁹⁹.

Para CARVALHO, os direitos humanos *são aqueles direitos de que o indivíduo é titular só pela razão básica de pertencer ao gênero humano*¹⁰⁰. Neste sentido, tais direitos costumam ser classificados em três ordens. A primeira é dos direitos civis e políticos; a segunda dos direitos econômicos, sociais e culturais; e a terceira refere-se aos direitos da solidariedade, tais como o do direito ao desenvolvimento, à paz, a um ambiente sadio e o direito ao patrimônio comum da humanidade¹⁰¹, que é atribuição do Estado cuidar, defender e respeitar esses direitos, tendo como premissa básica o regime democrático.

Quanto à tentativa de conceituar os direitos humanos, por sua vez, LEAL observa que o conceito de direitos é pela tradição no Ocidente, tratado principalmente pelo marco do direito constitucional e do direito internacional, cujo propósito é construir instrumentos institucionais à defesa dos seres humanos contra os abusos de poder cometidos pelos órgãos do Estado, ao mesmo tempo em que busca a promoção de condições dignas da vida humana e de seu desenvolvimento. Isto se explica em razão do período histórico em que se inicia o debate sobre o tema¹⁰².

De acordo com os autores, os direitos humanos formam um conceito jurídico, ou seja, dizem respeito tanto ao homem como ao cidadão. Ao conceituá-los, deve-se levar em conta os movimentos teóricos e sociais, posto que são sempre variáveis, principalmente em razão das demandas sociais e dos interesses corporativos, das lutas de classe e das transformações técnicas que acontecem na sociedade contemporânea¹⁰³.

⁹⁹ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 39.

¹⁰⁰ CARVALHO, Júlio Marino de. Op. cit., p. 47.

¹⁰¹ In.: Idem, Ibidem.

¹⁰² LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p. 19.

¹⁰³ *É preciso que se alerte, todavia, que, se a concepção de direitos humanos depende de uma visão histórica, ou se dá historicamente, principalmente quando se refere às possibilidades de positivação jurídica de alguns direitos, há, na base desta história, um fundamento filosófico dos direitos humanos centrado na natureza humana e na preservação, proteção e desenvolvimento digno de sua espécie.* In: LEAL, Rogério Gesta. Idem, p. 55-56.

Ademais, não se pode negar, como já evidenciado anteriormente, a existência dos direitos humanos, seja no plano filosófico, jurídico ou político. É considerável o reconhecimento formal desses direitos nos países ocidentais, por meio de tratados internacionais e legislações constitucionais.

Em razão de sua importância, a maioria dos direitos assegurados nas convenções internacionais são de natureza fundamental e sua validade independe de consenso do destinatário. Só excepcionalmente o Estado poderá adotar medidas que suspendam as obrigações firmadas. Mesmo assim, tais medidas não poderão ser incompatíveis com as demais obrigações internacionais. Os tratados que cuidam dos direitos humanos fundamentais são inderrogáveis e possuem caráter cogente, tanto no plano internacional quanto no campo interno de cada país, por ser de interesse da humanidade inteira.

O essencial à abordagem da temática direitos fundamentais, é evidenciar que o ponto nodal dessa questão está centrado na idéia da não-interferência do Estado na esfera individual da pessoa e a prevalência da dignidade humana. Tais direitos devem ser reconhecidos e respeitados pelos Estados em todos os níveis.

Exemplo dessa heterogeneidade está na própria Constituição brasileira de 1988, que utiliza diversos termos ao tratar dos direitos fundamentais, tais como: direitos humanos no artigo 4º, inciso III, direitos e garantias fundamentais na epígrafe do Título II e artigo 5º, § 1º, direitos e liberdades constitucionais no artigo 5º, inciso LXXI, e direitos e garantias individuais, no artigo 60, § 4º, inciso IV, do seu texto constitucional.

Reconhece-se que os direitos fundamentais tratam sempre de direitos humanos no aspecto em que seu titular é sempre o ser humano, mesmo que representado por entes coletivos, no caso de grupos, povos e Estados.

Pode-se, ainda, afirmar que a expressão direitos humanos atinge amplitude internacional maior. Já os direitos fundamentais possuem sentido mais restrito, preciso e

positivado, constituem o conjunto de direitos e liberdades reconhecidos e garantidos pela Constituição de cada Estado, pois estes surgem e terminam com as Constituições.

Atualmente também vem merecendo destaque a expressão direitos humanos fundamentais, convergindo para a idéia que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais não são excludentes uma da outra, ou incompatíveis entre si, mas expressões que dão a idéia de interação, isto é, que se inter-relacionam uma com a outra.

É de suma importância, quando se trata do tema direitos fundamentais, mencionar a regra do artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira de 1988¹⁰⁴ que segue a concepção do nosso Direito constitucional republicano, e, também, a IX Emenda da Constituição dos Estados Unidos¹⁰⁵.

A referida norma traduz a idéia de que, além da definição formal de Constituição e de direitos fundamentais, há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, pertencem ao corpo essencial da Constituição de um Estado, mesmo não estando no catálogo de direitos, razão pela qual o rol constante no artigo 5º, acima mencionado, não é taxativo, visto que podem estar ou ser garantidos outros direitos.

Entende-se que na regra inserta no artigo 5º, § 2º, da Carta Magna, está incluído o que não foi expressamente previsto, mas que implícita e indiretamente pode ser deduzido¹⁰⁶. Constata-se, a partir desta afirmação, que o reconhecimento da diferença entre

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 81.

¹⁰⁵ Sobre a origem deste parágrafo na Constituição Federal de 1988, FERREIRA informa que remonta à *Constituição Federal de 1891*, art. 78: 'A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.' (...) *A Constituição Federal de 1891*, em seu art. 78, a que se vincula o texto atual, inspirou-se na *Emenda IX à Constituição norte-americana de 1787*: 'A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando outros direitos inerentes ao povo'. In.: FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. p. 218.

¹⁰⁶ GOMES entende que pode ocorrer, de outra parte, que o Tratado disponha sobre direito não contido explicitamente na Constituição. Nesse caso tem aplicação o disposto no art. 5º, § 2º, da CF, que diz: 'Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'. Cuida-se do que a doutrina chama de 'direito decorrente'. Por exemplo: *A Convenção Americana diz que toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena. Não é um direito explícito na nossa Constituição, mas com ela não conflita. Logo, é um direito decorrente, com força de lei ordinária; eventuais conflitos são resolvidos pelo princípio lex posterior derroga priori*. In.: GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 25.

direitos formal e materialmente fundamentais implica na idéia de reconhecer que o Direito Constitucional brasileiro aderiu a certa ordem de valores e de princípios, que encontram amparo na concepção dominante da Constituição e no senso jurídico coletivo.

Esta posição também é defendida por FERREIRA¹⁰⁷, ao afirmar que o enunciado dos direitos e garantias constitucionais não é um rol completo, tampouco um número fechado, já que o § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, refere-se aos direitos e garantias nela expressos, o que não exclui outros decorrentes dos princípios e do regime por ela adotados. A finalidade do preceito é evitar e coibir violações contra os direitos humanos, razão pela qual a enumeração é meramente exemplificativa e não taxativa.

Ademais, os direitos fundamentais são definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa, na sua dimensão individual, coletiva ou social que, por determinação expressa do legislador constituinte, foram consagrados no rol dos direitos fundamentais. Já os direitos fundamentais, em sentido material, são aqueles direitos que, embora estejam fora do rol, em razão do seu conteúdo e de sua relevância, podem ser equiparados aos direitos formal e materialmente fundamentais. A concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais está consagrada pelo artigo 5º, § 2º, da Carta Magna de 1988.

Em razão do exposto, conclui-se que há duas espécies de direitos fundamentais: a primeira, a dos direitos formais e materialmente fundamentais, previstos na Constituição formal; a segunda, são os direitos apenas materialmente fundamentais, sem assento no texto constitucional.

2.2.2. Abrangência Normativa Constitucional

A Constituição Federal brasileira de 1988 representa o marco do processo de redemocratização do Estado, visto que rompeu com os anos de ditadura militar no Brasil,

¹⁰⁷ FERREIRA, Pinto. Op. cit., p. 220.

demonstrado através do tratamento dado aos direitos fundamentais.

Merece destaque a questão sobre a forma pela qual a Carta Magna dispôs em seu texto acerca dos direitos fundamentais, como a forma com que o Brasil, na sua Constituição, trata das relações internacionais no que se refere aos tratados de direitos humanos. PIOVESAN, a respeito do processo de democratização no Brasil, evidencia que, *a Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil*¹⁰⁸.

A institucionalização das liberdades fundamentais junto à Constituição de 1988, contribuiu para que a política brasileira de direitos humanos mudasse significativamente, em especial, no reconhecimento das obrigações internacionais sobre a matéria. Pode-se afirmar, que ocorreu uma abertura à internacionalização da proteção dos direitos humanos.

A Carta Magna de 1988 avançou e expandiu o campo dos direitos e garantias fundamentais, cumprindo com um dos importantes objetivos do Estado democrático brasileiro, que é a construção da cidadania e a preservação da dignidade da pessoa humana, isto é, tal valor, direito fundamental, passou a receber tratamento especial pela ordem constitucional brasileira.

O texto constitucional de 1988, incluiu no rol de direitos fundamentais, os direitos civis, políticos e sociais, sendo os últimos a grande inovação, já que as Constituições anteriores tratavam dos direitos sociais dentro da ordem econômica e social e estes não eram,

¹⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 55.

até então, consagrados como direitos e garantias fundamentais. Ensina PIOVESAN que *a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade*¹⁰⁹.

Depreende-se que os direitos e garantias fundamentais possuem força expansiva e servem como critério interpretativo às normas do ordenamento jurídico.

Destaca-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da aplicação imediata destas normas, consoante dispõe o artigo 5º, § 1º¹¹⁰. Tal princípio dá ênfase à força normativa de todos os preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, com um regime jurídico específico endereçado a estes direitos, uma vez que se trata de normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais.

2.2.3. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos

No âmbito da matéria dos direitos fundamentais, contida e normatizada em tratados internacionais, o assunto assume relevância, quando se estabelece a relação entre os direitos humanos de matriz internacional e os direitos humanos fundamentais constitucionais. A interpretação dada pelos autores é de que o Constituinte de 1988 teve a intenção de retirar completamente, do campo de abertura material do catálogo dos direitos fundamentais

¹⁰⁹ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 61-62.

¹¹⁰ A lição de SILVA também é nesta direção ao enunciar que *a eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (...) Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada de princípio programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mas se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.* In.: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 161.

previstos no artigo 5º, § 2º, as regras de Direito Internacional geral convencional¹¹¹.

O uso do termo 'tratados internacionais', na Carta Magna de 1988, foi acolhido pela maioria dos doutrinadores da área, porque esta expressão abrange diversos tipos de instrumentos internacionais, tratando-se de gênero, em relação aos demais termos utilizados, entre os quais os pactos, os acordos e as convenções que seriam espécies.

Portanto, se a interpretação fosse literal, os direitos fundamentais, previstos no Pacto Internacional da Organização das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos de 1996, teriam que ser totalmente descartados. A finalidade da previsão do artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira de 1988, é de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos.

2.2.4. O Princípio da Prevalência

Os princípios são importantes na aplicação da justiça e do direito, pois servem de guia para os operadores do direito, quando a norma tiver de ser interpretada¹¹².

A Constituição Federal do Brasil de 1988¹¹³ elenca, como princípio fundamental a reger o Estado brasileiro no âmbito das relações internacionais, o princípio da

¹¹¹ FERREIRA FILHO, discorda dessa posição alegando que: *Por outro lado, o art. 5º, § 2º, da Constituição vigente suscita, sem o perceber, um problema teórico. Ele, com efeito, não se contenta em afirmar o caráter exemplificativo da enumeração, admitindo outros vinculados ao sistema e a seus princípios, mas inova em relação às anteriores, acrescentando: 'ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.'* Embora haja quem pretenda ser a norma do tratado superior, sempre, à lei interna de tal sorte que prevaleceria mesmo quando esta fosse a ela posterior, conquanto haja quem pretenda, até, ser a norma do tratado superior à própria norma constitucional, nenhuma destas duas teses encontra fundamento no direito brasileiro. Nestes, três normas regem a matéria: primeira, jamais norma de tratado prevalece sobre a Constituição; segunda, a norma de tratado, desde que devidamente incorporada ao direito pátrio, prevalece sobre a lei interna anterior; terceira, tendo, porém, o mesmo nível de hierarquia das leis que a norma interna, não prevalece sobre lei posterior (que pode revogá-la, derrogá-la etc.). In.: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 98-99.

¹¹² ROBERT e SÉGUIN, ensinam que a finalidade dos princípios é homogeneizar o sistema jurídico pela continuidade e a estabilidade da ordem jurídica, sintetizam uma retroalimentação social, posto que oriundos da própria história jurídico-moral do grupo. In.: ROBERT, Cinthia, SÉGUIN, Elida. Op. cit., p. 117.

¹¹³ Artigo 4º, da Constituição Federal do Brasil estabelece que: *A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I- independência nacional; II- prevalência dos direitos humanos; III- autodeterminação dos povos; IV- não-intervenção; V- igualdade entre os Estados; VI- defesa da paz; VII- solução pacífica dos conflitos; VIII- repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX- cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X- concessão de asilo político (...).*

prevalência dos direitos humanos. Este princípio é ponto fundamental de abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, pois, a partir dessa nova concepção, as relações internacionais mudaram consideravelmente.

Antes da promulgação da Carta Magna de 1988, as Constituições brasileiras anteriores, quando se referiam sobre o tratamento jurídico dado às relações internacionais, asseguravam apenas os princípios da independência e soberania ao país. Ao fazer um paralelo com a atual Constituição brasileira, percebe-se que esta introduziu transformações no campo das relações internacionais. Como referido por PIOVESAN, *a Carta de 1988 inova, ao realçar uma orientação internacionalista jamais vista na história constitucional brasileira. Esta orientação internacionalista se traduz nos princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, nos termos do art. 4º, incisos II, III, VIII e IX*¹¹⁴.

Depreende-se que houve a preocupação do Constituinte na integração das regras de Direito Internacional de Direitos Humanos na ordem jurídica brasileira interna.

A partir desta nova concepção, reconhece-se que a soberania brasileira possui limites. Não pode ser vista mais como uma soberania absoluta do Estado, já que é flexível quando trata da luta em prol dos direitos humanos. Ainda, ao consagrar o princípio da prevalência dos direitos humanos, a Carta Magna de 1988 impulsionou a concretização de ratificação de instrumentos internacionais de direitos humanos¹¹⁵.

¹¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 68.

¹¹⁵ PIOVESAN, menciona a posição de Celso Lafer, que diz: *O princípio da prevalência dos direitos humanos foi um argumento constitucional politicamente importante para obter no Congresso a tramitação da Convenção Americana dos Direitos Humanos – O Pacto de São José. Foi em função dessa tramitação que logrei depositar na sede da OEA, nos últimos dias de minha gestão (25-09-92), o instrumento correspondente de adesão do Brasil a este significativo Pacto.* In: PIOVESAN, Flávia. Idem, p. 70.

2.3. A Constituição Brasileira e os Tratados de Direitos Humanos

2.3.1. Origem dos Tratados de Direitos Humanos

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é um campo recente da ciência do Direito. É ainda considerado fonte dos tratados internacionais de direitos humanos. Essa área do direito surgiu após o término da Segunda Guerra Mundial, como uma forma de se buscar respostas às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo. Houve a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos como um paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. Como enfatiza PIOVESAN, seguindo a lição de Richard B. Bilder, *o movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações (...)*¹¹⁶.

Observa a citada autora, que o *Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial*¹¹⁷.

Diante desse novo quadro que se apresenta na ordem mundial, cresce a idéia de que a proteção dos direitos humanos está além da competência interna do Estado. Trata-se de assunto de interesse legítimo de todas as nações, razão pela qual a noção tradicional de soberania absoluta do Estado tem que ser revista. Os tratados internacionais permitem maneiras de monitoramento e responsabilização internacional, quando ocorrer violação dos direitos humanos. A idéia de que o indivíduo deve ter seus direitos protegidos, não só no campo interno, mas também no campo internacional, na condição de sujeito de direito, está

¹¹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. p. 23.

¹¹⁷ In.: Idem, *ibidem*.

ganhando espaço, havendo maior proteção aos direitos humanos.

2.3.2. A Determinação Expressa no Artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988

A Constituição do Brasil de 1988 estabelece no artigo 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Incluiu, de forma inédita, os direitos advindos dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, já que ao efetuar tal incorporação, a Carta está atribuindo aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional¹¹⁸.

O entendimento é que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos, dos quais o Brasil é parte, estão no rol dos direitos constitucionalmente consagrados, a partir de uma interpretação teleológica¹¹⁹ do texto constitucional.

A relação entre Direito Internacional e Direito interno não é mais considerada como um mero debate acadêmico. Hoje a relação passou a ser de ordem pública em razão do crescente número de tratados firmados entre os Estados, intensificando a relação entre si e seus próprios cidadãos. Há que se considerar, ainda, que a eficácia dos tratados depende essencialmente da incorporação de suas previsões no ordenamento jurídico interno.

¹¹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 82-83.

¹¹⁹ Em sua obra, BONAVIDES, faz referência ao método de interpretação denominado histórico-teleológico dizendo que os fins que o intérprete intenta determinar, mediante o critério teleológico, tanto se acham fora como dentro das proposições legislativas, sendo igualmente importante na pluridimensionalidade desse método estabelecer a vinculação histórica, a que já nos reportamos, visto que esta consente uma captação mais precisa do sentido da norma. (...) Esse método em alguns juristas modernos e contemporâneos costuma aparecer também debaixo da designação de interpretação evolutiva ou progressiva, com que se consubstancia ou caracteriza 'uma interpretação mais ou menos livre, consentida a uma autoridade, especialmente o juiz, a fim de adaptar o conteúdo da norma a exigências práticas surgidas depois da emanção da própria norma'. In: BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 406-407. Ainda, nesse sentido, também FERRAZ JÚNIOR, ensina que em suma, a interpretação teleológica e axiológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido. Seu movimento interpretativo, inversamente ao da interpretação sistemática que também postula uma cabal e coerente unidade do sistema, parte das consequências avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema. É como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador fosse capaz de prever suas próprias previsões, pois as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias consequências. Assim se entende que, não importa a norma, ela há de ter, para o hermenêuta, sempre um objetivo que serve para controlar até as consequências da previsão legal (a lei sempre visa aos bens sociais do direito e às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que eles não estejam atendidos). In: FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação**. p. 266.

Verifica-se um avanço, pois a Carta de 1988 incluiu, no rol dos Direitos constitucionalmente protegidos, aqueles previstos nos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário. Além disso, também atribuiu aos Direitos Internacionais uma natureza especial e diferenciada, ou seja, a natureza de norma constitucional, daí infere-se que os direitos garantidos nos tratados de direitos humanos, em que o Brasil seja parte, estão no rol dos Direitos constitucionalmente consagrados.

Outro argumento favorável se faz presente, mesmo que acolhendo a hipótese que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, ainda, dessa forma, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previstos no texto constitucional¹²⁰.

Também, nesta direção, é a lição de SILVA¹²¹, afirmando que os direitos individuais podem ser classificados em direitos individuais expressos, tais como aqueles enunciados nos incisos do artigo 5º, da Constituição Federal; os direitos individuais implícitos, que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, direito à vida; e os direitos individuais advindos do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, que não são nem explícitos nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a prover do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização.

Portanto, o que se infere desta classificação é que a Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte,

¹²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. p. 85.

¹²¹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 163-164.

conferindo-lhes natureza de norma constitucional¹²². Os direitos previstos nos tratados internacionais fazem parte do rol de direitos constitucionalmente previstos, estendidos aos mesmos o regime constitucional outorgado aos demais direitos e garantias fundamentais¹²³.

A partir do exposto, constata-se que os demais tratados internacionais possuem força hierárquica infraconstitucional, e os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam natureza de norma constitucional.

Cabe frisar que os tratados de direitos humanos visam à salvaguarda dos direitos do ser humano e não as prerrogativas dos Estados. Portanto, não podem ser considerados como tratados tradicionais, que objetivam o benefício mútuo dos Estados contratantes, mas sim como tratados que visam à proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos. No momento em que um Estado é parte de um tratado e tem como tema direitos humanos, este Estado se submete a uma ordem legal dentro da qual, em benefício do bem comum, assume compromisso, não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos que estão sob sua jurisdição. Isso significa que o tratado não vincula apenas os Estados-partes, mas concede garantias às pessoas, e não podem ser interpretados como

¹²² CINTRA JÚNIOR, também partilha desse entendimento ao afirmar que *por outro lado, os direitos e garantias fundamentais previstos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Isto está no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal, a qual proclama, ainda, que a prevalência dos direitos humanos é um dos princípios reitores das relações internacionais do Brasil, isto no artigo 4º, inciso II. Entretanto, a eficácia deste complexo de normas depende muito da sua promoção pelo próprio Estado, através dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e também de um sistema internacional de fiscalização, que freqüentemente é feita com o auxílio das chamadas ONGs, Organizações Não-Governamentais*. In.: CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. **O judiciário e os tratados internacionais sobre direitos humanos**. p. 2.

¹²³ HESSE acentua a importância da força normativa da Constituição, ao dizer que *a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. Tal como exposto por Humboldt alhures, a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade. Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e as sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida. (...) Embora, a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo-se, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral- particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional-, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*. In.: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. p. 18-19.

quaisquer outros tratados¹²⁴.

Outro argumento favorável, quanto ao caráter especial dos tratados de direitos humanos, advém da doutrina publicista, a qual defende que os tratados que contêm essa matéria são superiores hierarquicamente em relação aos demais atos internacionais de caráter mais técnico, porque formam um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória, isto é, constituem direito imperativo para os Estados.

A referida concepção também se apóia na teoria axiológica. A partir do surgimento desta corrente é que se pode entender a relevância do tema direitos humanos na ordem jurídica. Eles formam a base ética da vida social e, dependendo da forma como se aplicam na sociedade, pode-se constatar o grau de sua civilização.

2.4. A Incorporação dos Tratados de Direitos Humanos no Direito Brasileiro

Com referência ao ato de convalidação dos tratados internacionais, reforça-se aqui o assunto anteriormente abordado, quanto a incorporação desses instrumentos no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, necessariamente, terão que passar pelas seguintes fases: a) primeira fase, compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados internacionais, conforme estabelece o artigo 84, VIII, da Constituição Federal do Brasil; b) segunda fase, compete exclusivamente ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, consoante prescreve o artigo 49, I, da Carta

¹²⁴ Quanto a este tema, PIOVESAN, escreve que *insiste-se, todavia, que a teoria da paridade entre o tratado e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, atribuindo-lhes natureza de norma constitucional. Este tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, parágrafo 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados*. In.: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 94.

Magna de 1988. A deliberação do Parlamento será efetivada por meio de aprovação de um decreto legislativo, devidamente promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado em Diário Oficial da União; c) terceira fase, há a necessidade de edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional. É neste momento que a norma inserida pelo ato ou tratado internacional adquire executoriedade interna¹²⁵.

Com pertinência aos tratados relativos aos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 é um referencial jurídico importantíssimo, que delimita a transição democrática no Brasil e a institucionalização das liberdades humanas, pois confere tratamento especial a essa questão dos direitos e garantias fundamentais. Alguns autores consideram a Lei Fundamental de 1988 um documento extremamente inovador acerca da matéria, dando ênfase ao princípio da dignidade humana, inserto no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, considerado como um parâmetro de valoração do homem¹²⁶.

2.4.1. Forma de Incorporação

No que se refere à forma de incorporação dos tratados tradicionais no sistema jurídico interno brasileiro, não há norma expressa na Constituição de recepção automática. A forma tradicional adotada é a da incorporação por meio de procedimento formal. Incumbe ao Poder Executivo celebrar o tratado, e ao Poder Legislativo, conforme disposto no artigo 84, inciso VIII, e artigo 49, inciso I, da Constituição de 1988, aprovar a celebração do tratado.

Contudo, na prática, a polêmica diz respeito à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos. Questiona-se se estes, com sustentáculo no disposto no

¹²⁵ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 303.

¹²⁶ PIOVESAN ensina que *a dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.* In.: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** p. 35.

artigo 5º, § 2º, da Carta Magna de 1988, se incorporam diretamente no ordenamento constitucional, independentemente de qualquer procedimento legislativo formal ou se devem seguir a forma tradicional de incorporação no sistema jurídico interno brasileiro?

As posições são divergentes. De acordo com SARLET¹²⁷, embora a Constituição brasileira de 1988, no artigo 5º, § 2º, estabeleça expressamente o entendimento de que o rol de direitos fundamentais reconhecidos em nosso Direito Constitucional positivo prevê também posições jurídicas fundamentais advindas de tratados internacionais, entende o autor que não há qualquer referência expressa quanto à forma de sua recepção. Afirma, ainda, que a Carta Constitucional, neste aspecto, menciona expressamente os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte, necessitando uma adesão formal ao tratado para que possa se enquadrar na previsão do artigo 5º, § 2º, estando condicionada sua recepção à ratificação do tratado.

Outro argumento do autor, é que o Constituinte, visando a evitar possíveis excessos por parte do Poder Executivo quanto à celebração de tratados internacionais, estabeleceu o procedimento legislativo para a incorporação no sistema jurídico interno brasileiro.

Posição diferenciada, contudo, é abraçada pela maioria dos autores, os quais inclinam-se à adoção de um sistema misto, no que concerne à recepção dos tratados internacionais no direito interno brasileiro, embasada na combinação com o disposto no artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Carta Magna, que consagra a teoria monista, ou seja, a recepção automática de todos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil que versarem sobre direitos humanos, não havendo necessidade de qualquer ato formal complementar para que esses direitos possam ser aplicados diretamente pelo Poder Judiciário brasileiro. Nos tratados

¹²⁷ SARLET argumenta ainda que: *Considerar-se a regra contida no art. 5º, § 2º, da CF, em que pese a ausência de disposição expressa sobre o tema, como de cunho excepcional, quando justamente restringe a legitimação democrática na recepção de normas internacionais, não nos parece ser a melhor solução, ao menos sob a ótica do direito constitucional positivo pátrio.* In.: SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 128.

tradicionais, prevalece a teoria dualista, ou seja, a incorporação só ocorre após ter havido o procedimento legislativo formal¹²⁸.

A tese da incorporação automática dos tratados de direitos humanos, no sistema jurídico brasileiro, está amparada no princípio da prevalência dos direitos humanos. Sua interpretação sempre deve ser favorável a estes direitos, isto é, os quais devem ser aplicados de imediato, em face do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Essa assertiva tem amparo na lição de CANÇADO TRINDADE, que diz: *A disposição do artigo 5 (2) da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é Parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se ipso jure ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados*¹²⁹.

Segundo o já citado autor, ainda quanto a sua análise ao teor do mencionado artigo 5º, reforça que: *Ademais, por força do artigo 5(1) da Constituição, têm aplicação imediata (...) A especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente*¹³⁰.

Assim, a regra geral é que, para os tratados internacionais tradicionais, há a exigência da intermediação do Poder Legislativo para emanar ato com força de lei, a fim de que o tratado possa ter vigência no plano do ordenamento jurídico interno. Porém, quando se tratar de tratados com a temática de direitos humanos, os direitos fundamentais nele

¹²⁸ CARVALHO defende a seguinte posição: *Enquanto os direitos civis ou de cidadania têm seu espaço jurisdicional limitado pelos marcos de fronteira de um país, os direitos humanos por assumirem interesse da espécie, transcendem de limites político-geográficos e abarcam todo o universo. Onde houver uma criatura humana, aí estão os seus direitos fundamentais, sem condicionamento algum. Assim, considerando, a nosso ver, a rigor, não há necessidade de o direito interno cooptar o ordenamento pactual internacional para que dentro do espaço nacional sejam respeitados na devida forma os direitos insitos à pessoa humana.* In.: CARVALHO, Júlio Marino de. Op. cit., p. 90.

¹²⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional.* p. 40

¹³⁰ In.: Idem, ibidem.

garantidos passam, de conformidade com o disposto no artigo 5º, §§ 1 e 2, da Constituição brasileira de 1988, a fazer parte do rol dos direitos constitucionalmente consagrados. Por isso, são tais direitos direta e imediatamente exigíveis no plano jurídico interno.

Demonstra-se, com tais argumentos, estar ultrapassada a prática constitucional da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional¹³¹. Sem dúvida, esta interpretação denota avanço no campo constitucional, o que irá contribuir para efetiva proteção dos direitos humanos em nosso país. Não é admissível outorgar aos tratados de proteção de direitos humanos, o mesmo tratamento dado aos tratados tradicionais. Ressalta-se, neste aspecto, o próprio direito à vida e o direito à liberdade.

Os tratados de direitos humanos possuem um caráter especial e devem assim ser considerados. Neste aspecto, de conformidade com a lição de CANÇADO TRINDADE¹³², ainda estão presentes os empecilhos quando à interpretação acerca da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do Direito interno. O disposto no artigo 5º, §§ 1 e 2, da Carta Magna de 1988, visa a assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário da normativa internacional de proteção, colocada em nível constitucional. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional encontra-se há muito tempo ultrapassada e abandonada em alguns países.

O artigo 5º, § 2º, da Carta Constitucional de 1988, não restringiu a norma a certos tratados de direitos humanos. Ela é bem mais ampla, pois combinado com o § 1º, do mesmo artigo, objetiva assegurar a imediata aplicação de toda normativa de proteção que

¹³¹ CANÇADO TRINDADE, noticia o seguinte dado, quanto à tese da incorporação imediata dos tratados de direitos humanos no sistema jurídico interno brasileiro: *Foi esta a motivação que me levou a propor à Assembleia Nacional Constituinte, na condição de então Consultor Jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a inserção em nossa Constituição Federal - como veio a ocorrer no ano seguinte - da cláusula que hoje é o artigo 5 (2). Minha esperança, na época, era no sentido de que esta disposição constitucional fosse consagrada concomitantemente com a pronta adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que só se concretizou em 1992.* In.: Idem, p. 41.

¹³² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Idem, ibidem.

vincula o país¹³³. Salienta-se, mais uma vez, que a Constituição brasileira de 1988 confere tratamento diferenciado aos tratados de direitos humanos, já que o referido dispositivo constitucional está inserido na parte que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, e na parte que estabelece os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, torna-se imprescindível a mudança de concepção de uma nova ótica acerca deste tema. O mundo atual não comporta mais uma visão positivista e ultrapassada do Direito. A polêmica doutrinária das teses monista e dualista ainda fascina uma ala de pensadores jurídicos brasileiros, e, na verdade, essa posição em nada contribuiu para a promoção dos direitos humanos no Brasil.

Ao considerar que os direitos fundamentais são classificados em grupos, ou seja: o grupo dos direitos expressos na Constituição; o grupo dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Constitucional; e o grupo dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, constata-se que a Constituição brasileira de 1988 avançou, ao incluir no rol dos direitos constitucionalmente protegidos os direitos enunciados nos tratados internacionais dos quais o Brasil faça parte. Ao realizar tal incorporação, atribui-se aos direitos internacionais hierarquia especial e diferenciada, ou seja, a natureza de norma constitucional¹³⁴.

Tal afirmação tem respaldo a partir de uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, em razão da importância da preservação dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Acresce-se a essa interpretação o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e a natureza materialmente constitucional, quando o tema é direitos e garantias fundamentais.

¹³³ Neste tópico CANÇADO TRINDADE, faz referência à Constituição da Argentina, em vigor após a reforma constitucional de 1994, que restringe expressamente a certos tratados de direitos humanos. Pois há que se considerar haver incoerência em reconhecer para alguns tratados de direitos humanos hierarquia constitucional e a outros somente caráter infraconstitucional. In.: Idem, p. 42.

¹³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. p. 35.

Portanto, o artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Carta Magna de 1988 outorga aos direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresenta aplicabilidade imediata. Os tratados de proteção aos direitos humanos possuem natureza de norma constitucional, porque a Constituição outorga tratamento jurídico diferenciado. Os tratados internacionais comuns prezam pelo equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados contratantes, já os tratados que debatem o tema direitos humanos vão além dos meros compromissos formais dos Estados, pois visam à proteção dos direitos do homem e não das prerrogativas dos Estados. Em razão de seu caráter especial, tais tratados não vinculam apenas os Estados-partes, mas sim outorgam garantias aos indivíduos, motivo pelo qual não se pode dar interpretação idêntica aos tratados comuns.

A incorporação automática dos tratados que versam sobre direitos humanos no direito jurídico brasileiro ocorre a partir do ato da ratificação, não sendo necessária a realização de um ato normativo que reproduza no ordenamento jurídico nacional o conteúdo do tratado, pois sua incorporação é automática nos termos do art. 5º, § 1º, que consagra o princípio da aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais¹³⁵.

Em síntese, o Direito brasileiro aplica um sistema misto, no que se refere à incorporação dos tratados de direitos humanos, ou seja, quando se trata da matéria direitos humanos, por força do artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988, apresentam tais tratados os efeitos da hierarquia de norma constitucional e aplicação imediata. No entanto, quando se trata de tratados tradicionais, a sua hierarquia é reconhecida como infraconstitucional e se submetem à sistemática da incorporação legislativa.

Com sustentáculo na lição de CANÇADO TRINDADE, anteriormente citada, conclui-se que os tratados de direitos humanos, assim que firmados, irradiam efeitos no

¹³⁵ In.: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. p. 38.

cenário internacional e interno, não havendo necessidade de edição de decreto de execução. Este requisito é exigido para os tratados internacionais tradicionais. A Constituição brasileira de 1988 adota, teoricamente, um sistema jurídico misto, isto é, quando os tratados consignam temas de direitos humanos, incorporam-se automaticamente, enquanto que para os tratados internacionais tradicionais a incorporação não é automática. Por isso, a importância da previsão do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, o qual demonstra a ligação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos.

2.4.2. Impacto Jurídico

No que diz respeito ao impacto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro, com base na hierarquia constitucional dos mesmos, é possível a ocorrência de três hipóteses:

a) A primeira hipótese é aquela em que o direito previsto no tratado internacional é idêntico ao direito assegurado na ordem jurídica interna, ou seja, a própria Constituição reproduz direitos estabelecidos pelo Direito Internacional de Direitos Humanos.

No caso do sistema jurídico brasileiro, em especial, a Constituição Federal de 1988, apresenta dispositivos que são cópias na íntegra dos enunciados previstos nos tratados internacionais de direitos humanos¹³⁶. Neste aspecto denota-se o fato de que o legislador brasileiro em muitas situações busca o preceito internacional, para que haja harmonia na ordem jurídica interna com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado.

b) A segunda hipótese ocorre quando há a integração, complementação e ampliação da esfera de Direitos constitucionalmente previstos com os tratados internacionais

¹³⁶ São exemplos, o disposto no art. 5º, inciso III, da Constituição de 1988, o qual determina *ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento cruel, desumano ou degradante*. Na verdade, é reprodução literal do art. V, da Declaração Universal de 1948, do art. 7º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do art. 5º (2), da Convenção Americana.

de direitos humanos¹³⁷. Os direitos previstos em tratados internacionais dos quais o Brasil é parte amplia o universo de direitos nacionalmente assegurados, não estão previstos no direito interno, é um rol meramente exemplificativo, direitos assegurados nos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil e que se incorporam à ordem jurídica interna brasileira.

c) A terceira hipótese é a de um eventual conflito entre o preceito de ordem internacional e o Direito interno, isto é, eventual conflito entre a Constituição e determinado tratado internacional de direitos humanos. Tal hipótese é a que apresenta maior dificuldade de solução. Para alguns autores a solução seria a escolha da norma mais benéfica à vítima titular do direito.

A prevalência é da norma que melhor proteja os direitos do ser humano. A incumbência de seguir essa forma de interpretação compete aos Tribunais nacionais e outros órgãos aplicadores do direito.

Conclui-se que os tratados internacionais de direitos humanos transformam o universo dos direitos previstos no sistema jurídico interno brasileiro. Em certo momento corroborando sua força jurídica, em outro momento somando novos direitos, suspendendo preceitos que sejam menos benéficos à proteção dos direitos humanos. Portanto, não se pode duvidar de que os tratados de direitos humanos estão para garantir e reforçar, jamais para retirar os direitos previstos no plano normativo constitucional. Os tratados internacionais de direitos humanos estão para fortalecer a promoção desses direitos no Brasil, mas sua real aplicação vai depender da sensibilidade dos operadores do direito.

¹³⁷ a saber: 1) direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, incluindo o direito à alimentação, moradia, vestimenta, que é tradução do disposto no art. 11, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 2) proibição de propaganda em favor da guerra, apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência, em conformidade com o art. 20, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do art. 13 (5), da Convenção Americana; 3) direito das minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas de ter sua própria vida cultural, professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua, nos termos do art. 27, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 30, da Convenção sobre os Direitos da Criança, entre outros.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 84, inciso VIII, estabelece que é da competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, dependendo do referendo do Congresso Nacional. O artigo 49, inciso I, diz que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais.

Inferese, dos artigos¹³⁸ mencionados, que há a interação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo no que diz respeito à conclusão de tratados internacionais. Os tratados internacionais necessitam, para seu aperfeiçoamento, de um ato complexo, para onde convergem a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, por meio de decreto legislativo. O Presidente da República assina o tratado internacional, envia-o para o Congresso Nacional, a fim de aprová-lo e, após, segue-se o ato de ratificação do tratado.

A crítica feita aos artigos mencionados, justifica-se porque na verdade, há uma lacuna, no que se refere ao prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional o tratado por ele assinado. Cita-se, como exemplo, o caso da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que foi assinada em 1969, mas só foi enviada à apreciação do Congresso Nacional no ano de 1992.

Não há, ainda, norma que estabeleça prazo para que o Congresso Nacional aprecie os tratados internacionais e também para que o Presidente da República ratifique tais tratados. Também não há referência expressa a nenhuma das correntes, seja ela monista ou dualista, quanto ao procedimento dos tratados internacionais.

2.4.3. Interpretação e Aplicação

Como já visto no primeiro capítulo, nos tratados internacionais prevalece o

¹³⁸ CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. Op. cit., p. 276.

entendimento de que as obrigações internacionais devem ser interpretadas restritivamente por derrogarem da soberania dos Estados. Todavia, tal prerrogativa não se aplica aos tratados de direitos humanos, pois a forma de interpretação desses tratados deve ser a mais ampla à concretização de seu objeto e propósito.

Os tratados de direitos humanos são diferentes dos tratados clássicos ou tradicionais. Estes estabelecem ou regulamentam direitos subjetivos, ou concessões ou vantagens recíprocas para as partes contratantes, enquanto que os primeiros estabelecem obrigações de cunho objetivo, a serem garantidas ou implementadas de forma coletiva, devendo estar presente o interesse geral, que ultrapassa os interesses particulares das partes contratantes¹³⁹.

Outro aspecto relevante é que os tratados de direitos humanos possuem mecanismos próprios de supervisão, estabelecem formas de proteção em escala global e regional, os quais requerem uma interpretação clara de seu conteúdo, visto o caráter essencialmente objetivo das obrigações firmadas pelos Estados-partes. Como bem aponta CANÇADO TRINDADE, nos últimos anos, desenvolveu-se *uma jurisprudência constante dos distintos órgãos de supervisão internacional, quanto à natureza objetiva das obrigações consagradas nos tratados de direitos humanos, e quanto ao caráter especial ou distinto desses tratados, em comparação com outros acordos multilaterais do tipo tradicional*¹⁴⁰. Além disso, a interpretação dos tratados de direitos humanos deve ser de forma teleológica.

As regras de interpretação de tratados previstas nas Convenções de Viena sobre o Direitos dos Tratados de 1969 e de 1986 fornecem suportes orientadores da prática dos órgãos convencionais de supervisão dos direitos humanos. Elas são consideradas regras

¹³⁹ De acordo com CANÇADO TRINDADE, o tratamento diferenciado na interpretação dos tratados de direitos humanos se evidencia também pelas Cortes Internacionais, pois *Tais tratados, efetivamente, - tal como têm advertido as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos, - não são interpretados à luz de concessões recíprocas, como nos tratados clássicos, mas sim na busca do propósito último da proteção dos direitos fundamentais do homem.* In.: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** p. 30.

¹⁴⁰ In.: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Idem, p. 31.

gerais, sendo que na área do Direito Internacional dos Direitos Humanos a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no seu artigo 29, e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, no seu artigo 60, estabelecem normas expressas para a sua interpretação, sempre visando a interpretação que garanta o máximo de proteção aos direitos nelas consagrados.

Ressalta-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no seu artigo 64, outorga competência à Corte Interamericana de Direitos Humanos para emitir pareceres acerca da interpretação, não apenas dela própria, mas como de outros tratados referentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos¹⁴¹.

Ademais, tem-se que os tratados de direitos humanos se originam de bases diferentes dos tratados tradicionais, pois estes regulamentam interesses recíprocos entre as partes, e os primeiros têm como diretriz a noção de garantia coletiva dos direitos do ser humano, possuem mecanismos de supervisão próprios que, por sua vez, exigem uma interpretação e aplicação direcionadas pelos valores comuns superiores que amparam. CANÇADO TRINDADE, diz que o *propósito de tratados de direitos humanos mais recentes não pode de modo algum ter sido o de 'rebaixar' o grau existente de proteção já assegurado por outros tratados de direitos humanos, a interpretação própria e evolutiva de tratados sucessivos de direitos humanos, inspirada pela identidade predominante de propósito destes últimos, só pode vir a assistir cada vez mais eficazmente as supostas vítimas, em busca e necessidade de proteção*¹⁴².

¹⁴¹ Neste aspecto, CANÇADO TRINDADE pondera que *não há com efeito, como negar a consolidação e constante evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos mediante o processo de interpretação dos tratados e instrumentos que o compõem: é este um fenômeno hoje sobejamente reconhecido. Ademais, dada a atual multiplicidade dos tratados e instrumentos de proteção, não chega a surpreender que a interpretação e aplicação de certos dispositivos de um determinado tratado de direitos humanos sejam às vezes utilizadas como orientação para a interpretação e aplicação de dispositivos correspondentes de outro tratado de direitos humanos (em geral mais recente). Os múltiplos tratados e instrumentos de proteção têm, desse modo, mediante tal interação interpretativa, se reforçado mutuamente, em benefício último dos seres humanos protegidos. A mesma interação interpretativa tem de certo modo contribuído à universalidade do direito convencional de proteção dos direitos humanos.* In: Idem, p. 42.

¹⁴² In.: Idem, p. 46.

Também tem sido aplicado com frequência o critério da norma mais favorável às supostas vítimas, previsto em dispositivos de tratados de direitos humanos.

Os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, que seguem a evolução dos tempos e da sociedade em que o homem está inserido, em que se exercem os direitos protegidos. Cabe à jurisprudência internacional interpretá-los evolutivamente. Esta visão também tem sido adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Européia de Direitos Humanos, que partiram do pressuposto que os direitos humanos não são estáticos, mas estão em processo evolutivo constante, devendo acompanhar as transformações ocorridas na ordem mundial. Quanto ao exercício dos direitos humanos internacionalmente consagrados, limitações ou restrições a estes direitos, entende-se que não pode haver presunção, pois devem estar expressamente formulados nos tratados de proteção e, reestrutivamente, interpretados tanto na esfera global como regional.

Ainda é importante destacar que nenhuma cláusula de derrogação, limitação ou restrição de um determinado tratado de direitos humanos, deve ser interpretada para reduzir o exercício de quaisquer direitos protegidos em maior escala por outros tratados de direitos humanos no qual seja parte o Estado em questão. Ou seja, a interpretação e aplicação de um tratado não pode restringir as obrigações de um Estado decorrentes de outros tratados sobre o tema, pois, o que se busca é o fortalecimento dos direitos humanos, jamais sua redução.

CAPITULO III

INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FIRMADOS PELO BRASIL

O objetivo deste capítulo é verificar a forma como o Estado brasileiro convalida para junto de seu sistema jurídico interno os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e, por consequência, se o disposto no artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988, está sendo cumprido, quando da incorporação de tais tratados, que visam à proteção e à salvaguarda dos direitos humanos.

A seguir serão enfocados alguns tratados relevantes firmados pelo Brasil, no âmbito dos direitos humanos, destacando-se a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos como mecanismo legal de proteção dos direitos do homem.

3.1. A Declaração Universal dos Direitos Humanos

O homem deve ser o tema de maior relevância, tanto na esfera internacional como interna, razão pela qual os tratados de direitos humanos visam a atender os princípios da dignidade e liberdade da pessoa humana, isto é, às necessidades mais elementares do homem. Embora exista divergência no campo doutrinário quanto ao aspecto de o homem ser ou não sujeito de direito internacional, não se pode desconsiderar a personalidade internacional do homem, ao se falar em direitos do homem assegurados pelo sistema jurídico internacional. Os direitos humanos não são concedidos ao homem, pois o homem nasce com tais direitos, eles vêm, da própria dignidade humana. O homem deve ser o objetivo principal do Direito. Seu

bem-estar, sua integridade e sua dignidade devem ser resguardadas sempre pelo Direito¹⁴³.

Atualmente o pensamento doutrinário dominante entende que o indivíduo é sujeito de direito internacional, pois todo ente que possuir direitos e deveres perante a ordem jurídica internacional é sujeito de direito. Um dos instrumentos internacionais que mais reflete esta assertiva é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sobre o qual abordar-se-ão alguns aspectos.

3.1.1. Processo de Origem e Evolução

Considerando que a origem do homem se perde nas brumas dos tempos, foi somente na metade do século XX que surgiu a primeira convenção internacional, objetivando dar proteção aos povos do Planeta. Trata-se da Declaração Universal dos Direitos Humanos, direcionada pelo princípio fundamental de que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

O conceito de pessoa como sujeito de direitos universais, anteriores e superiores, inclusive a toda ordenação estatal, adveio com a filosofia kantiana. De conformidade com o postulado ético de Kant, citado por MELLO¹⁴⁴, somente o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios, só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada razão prática. Segundo o autor, todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas, ele é propriamente insubstituível, e não tem equivalente, não pode ser trocado por objeto algum, daí a contribuição do filósofo na noção de direitos humanos.

Para que se possa compreender o processo de discussão até a promulgação da

¹⁴³ MELLO, afirma que *na verdade, podemos concluir que existem duas principais razões para o homem ser considerado pessoa internacional: a) a própria dignidade humana, que leva a ordem jurídica internacional, como veremos, a lhe reconhecer direitos fundamentais e procurar protegê-los e b) a própria noção de Direito, obra do homem para o homem. Em consequência, a ordem jurídica internacional vai-se preocupando cada vez mais com os direitos do homem, que são quase 'direitos naturais concretos'*. In.: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit., p. 766,

¹⁴⁴ In.: Idem. *ibidem*.

Declaração dos Direitos Humanos de 1948, é necessário fazer referência a outros momentos relevantes da história que contribuíram para a sua criação. Destacam-se as declarações de direito norte-americana de 1776 e a declaração francesa de 1789, as quais marcaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais, como a família, entidades religiosas e outros segmentos, dando em troca a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei.

No entanto, essa aparente igualdade não se fez presente para os trabalhadores em face do sistema capitalista, o que resultou na miséria das massas proletárias, mais acentuada a partir da primeira metade do século XIX.

A afirmação dos novos direitos humanos de cunho econômico e social aconteceu a partir do século XX, com a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. O título desses direitos não é o ser humano abstrato, mas o conjunto dos grupos sociais, vítimas da miséria, da doença, da fome e da marginalização¹⁴⁵.

A era da internacionalização dos direitos humanos iniciou a partir da segunda metade do século XIX e findou com a Segunda Guerra Mundial. Teve como bandeira o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do obreiro.

O direito humanitário, daquela época, preocupava-se em estabelecer leis e costumes da guerra, com a finalidade de abrandar a dor dos soldados prisioneiros, dos doentes, dos feridos e da população civil, alvo de conflitos bélicos, sendo referência a Convenção de Genebra de 1864, que motivou a fundação da Cruz Vermelha no ano de 1880. A luta contra a escravatura foi marcada pelo Ato Geral da Conferência de Bruxelas em 1890. Em 1919, foi criada a Organização Internacional do Trabalho, com o objetivo de outorgar proteção ao trabalhador assalariado¹⁴⁶.

¹⁴⁵ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Algumas notas sobre direitos humanos econômicos e sociais**. p. 53-55.

¹⁴⁶ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Idem*, p. 55-56.

Após anos de violência e atrocidades, ocorridas principalmente no decorrer da Segunda Guerra Mundial, a humanidade percebeu o valor essencial da dignidade humana, que impulsionou, sem dúvida, a efetivação da Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

O marco da elaboração da Declaração de Direitos Humanos de 1948 estabeleceu-se com a reunião do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, em 16 de fevereiro de 1946. Este Conselho firmou a necessidade da criação da Comissão de Direitos Humanos, que seria responsável pela elaboração de uma declaração de direitos humanos, conforme o disposto no artigo 55, da Carta das Nações Unidas, com o fim de produzir um documento que deveria ser um tratado ou convenção internacional. Também era meta da Comissão criar um instrumento que assegurasse o respeito aos direitos humanos e tratasse os casos de violação desses direitos.

Para ALMEIDA¹⁴⁷, a Comissão seguiu os ensinamentos de Immanuel Kant, quanto aos paradigmas para um entendimento universal, já que, segundo Kant, é dever de todos contribuírem para a realização de um Estado de direito público universal. A Comissão, em 1947, formulou um questionário que o remeteu a um expressivo número de pensadores, filósofos, escritores de todo o mundo, para que contribuíssem, expressando suas concepções sobre liberdade e direitos humanos. Resultaram valiosas opiniões quando da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o primeiro instrumento jurídico relativo aos direitos humanos elaborado por uma organização internacional universal. Até a formulação do documento muitas discussões foram feitas. Importante destacar o papel desempenhado pelas Organizações Não-Governamentais (ONGs), nos trabalhos preparatórios

¹⁴⁷ ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Op. cit., p.108.

para elaboração da Carta das Nações Unidas¹⁴⁸.

No início, a Comissão de Direitos Humanos tinha um triplo objetivo para uma adequada proteção internacional dos direitos humanos. O primeiro, direcionava-se à elaboração da Declaração, o segundo, à construção do Pacto de Direitos Humanos e o terceiro, a uma série de medidas que pudessem pôr em prática os direitos reconhecidos na Declaração e no Pacto. Isso acabou, através de consenso, na elaboração de um único documento jurídico que proclamasse os direitos humanos de maior relevância.

Deste modo, o processo de formação da Declaração de Direitos Humanos tramitou com muitas dificuldades¹⁴⁹ e posições divergentes no que se refere ao aspecto ideológico-político daquela época, pela posição da comunidade internacional e, por consequência, do entendimento das Nações Unidas. A respeito desses conflitos, para os países do bloco socialista, a Declaração Universal dos Direitos Humanos não era uma meta fundamental, razão pela qual esses países demonstraram irreduzível hostilidade. Outros Estados que davam importância especial ao princípio da soberania, entendiam que a Declaração poderia passar por cima das suas soberanias. A comunidade internacional não teria a prerrogativa de intervir e nem de criticar a situação de direitos humanos em um determinado país, alegando que tais assuntos seriam de competência interna de cada Estado. E

¹⁴⁸ CARRILLO SALCEDO nomina personalidades que contribuíram para a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos: *Preparada en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el proceso de adopción de la Declaración Universal tuvo cinco grandes protagonistas: la señora Eleanor Roosevelt; el doctor Chang, de China; los profesores Charles H. Malik, del Líbano, y René Cassin, de Francia, y John P. Humphrey, de la Secretaría de las Naciones Unidas. A la labor de estos <<padres fundadores>> hay que añadir la acción de numerosas Organizaciones No Gubernamentales, y en particular la influencia del proyecto elaborado por el American Law Institute.* In.: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **Dignidad frente a barbarie. La declaración universal de derechos humanos, cincuenta años después.** p. 47.

¹⁴⁹ Sobre as divergências ALVES acrescenta que: *Elaborada nas três primeiras sessões da CDH e adotada na primeira sessão da Assembléia Geral a que foi submetida (a III Assembléia Geral das Nações Unidas), num lapso de tempo inferior a dois anos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos adquire, à primeira vista, a aparência de exemplo edificante de conciliação e espírito construtivo por parte das nações que, unidas, saíram vitoriosas da II Guerra Mundial. Na realidade as divergências foram amplas dentro do próprio comitê de redação, composto por representantes dos Estados Unidos, China (Nacionalista), Líbano, Austrália, Chile, França, Reino Unido e União Soviética, e perduraram durante a consideração do projeto em instâncias superiores. A flexibilização de posições não se deu por razões altruísticas, mas por interesses próprios. A URSS, insatisfeita com a preponderância das liberdades civis 'ocidentais', evitava apoiar com maior ênfase os direitos econômicos e sociais para não ameaçar sua postura intransigente a propósito da intangibilidade da soberania nacional. Os representantes dos países ocidentais, por sua vez, não viam maiores inconvenientes nos direitos 'socializantes' à instrução gratuita, alimentação, moradia.* In.: ALVES, José Augusto Lindgren. Op. cit., p. 47.

a atribuição da Declaração deveria estar centrada apenas na garantia dos direitos econômicos e sociais¹⁵⁰.

Por outro lado, os países ocidentais acordaram pela posição de defesa dos direitos de caráter civil e político, isto é, as liberdades clássicas das democracias ocidentais, defendendo os direitos humanos como matéria não restrita à competência interna dos Estados¹⁵¹.

No que diz respeito aos direitos econômicos e sociais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem expressa um consenso entre as diferentes correntes ideológicas, porque não ficou restrita aos direitos civis e políticos, mas incluiu também os direitos econômicos e sociais.

Verifica-se que a Declaração Universal de 1948 também revigorou os ideais da Revolução Francesa, visto que historicamente reconheceu os valores da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os seres humanos, tanto no plano interno como no plano internacional, partindo da educação aos direitos humanos¹⁵².

¹⁵⁰ No que se refere às críticas dirigidas aos redatores da Declaração dos Direitos Humanos, que diziam respeito ao fato de não haver uma base teórica homogênea ao seu conteúdo, LEAL, acrescenta algumas delas: a) *No corpo da Declaração, a diferença entre direitos humanos e direitos do cidadão se esvazia, ao serem integrados na categoria única de direitos humanos (...); b) A Declaração não guarda vínculos mínimos com o presente, ou mesmo com o passado recente, pois deixa de apresentar referências a fenômenos que têm despertado a indignação de todo o mundo, e tampouco condena com explicitude as violações dos direitos humanos. (...); c) Isto já demonstra que a Declaração carece de um caráter político mais definido, o que a faz não ocupar uma posição clara na escala de valores políticos vigentes à sua época. É óbvio que tal enquadramento teórico neutral põe em cheque a questão fundamental do problema internacional dos direitos humanos, ou seja, se é possível se estabelecer uma declaração racional e efetiva sem que se possua um caráter político estabelecido; d) Ainda que na Declaração se faça menção aos direitos econômicos, sociais e culturais, ela é enfrentada de forma superficial, comparável aos demais direitos contemplados (cinco artigos num universo de trinta); e) Com exceção de um parágrafo do art. 29, inexistente referência na Declaração para contrapartida dos direitos do homem, isto é, de seus deveres, principalmente quando se sabe que, hoje, o problema dos deveres não está solucionado em todos os campos que interessam à sociedade contemporânea. Assim a relação entre o Estado e o indivíduo não se apresenta proporcional ou simétrica: é o homem, o cidadão, quem está ameaçado, e não o Estado.* In.: LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p. 87-88.

¹⁵¹ Ver sobre maiores considerações sobre as divergências ocorridas antes da elaboração final da Declaração Universal dos Direitos Humanos. In.: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. cit., p. 50-52.

¹⁵² LEAL, destaca a importância desse instrumento dizendo que: *Essa Declaração estabelece uma mediação do discurso liberal da cidadania com o discurso social, alinhando tanto direitos civis e políticos, como direitos sociais, econômicos e culturais, assim como também demarca a noção contemporânea dos direitos humanos, que remete à unidade conceitual destes direitos, deduzindo ser o valor da liberdade conjugado ao valor da igualdade, consoante faz parecer a Resolução nº 32/130 da Assembleia Geral das Nações Unidas, quando afirma que todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertençam, se inter-relacionam, e são indivisíveis e interdependentes.* In.: LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p. 86.

3.1.2. Conteúdo e Instrumentalização

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi aprovada pela Assembleia Geral, por meio da Resolução 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948. Quando da votação da matéria, a Assembleia Geral era formada por cinquenta e oito Estados, obteve quarenta e oito votos a favor, nenhum voto contra e oito abstenções: da Arábia Saudita, Bielorrússia, Checoslovaquia, Polônia, Ucrânia, União Sudafricana, URSS e Iugoslávia. Já os delegados dos países de Honduras e Yemen não participaram da votação, por isso seus votos não foram computados na contagem geral¹⁵³.

A Declaração Universal de 1948 é composta de trinta artigos que definem de forma clara e simples, os direitos essenciais, iguais e inalienáveis de todos os seres humanos como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. *Ela proclama o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações*¹⁵⁴.

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos parte da concepção de que os direitos humanos têm sua raiz na dignidade e no valor da pessoa humana, razão pela qual todos os membros da família humana possuem direitos iguais e inalienáveis. No artigo 1º, da Declaração, está firmado o princípio de que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos¹⁵⁵. Denota-se, que não importa raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política, ou condição social. Perante o Direito, todos são iguais, reconhecidos como pessoas, e, em razão dessa condição essencial, nenhum indivíduo pode sofrer qualquer tipo de discriminação. A proteção da lei é extensiva a todos os indivíduos,

¹⁵³ ALVES, José Augusto Lindgren. Op. cit., p. 47.

¹⁵⁴ ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. p. 27.

¹⁵⁵ Quanto ao conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, CARVALHO, enfatiza os direitos de caráter fundamental que: *Dilatado é o campo dos direitos do homem, mas a Declaração alude a direitos de caráter 'fundamental', isto é, os considerados irrenunciáveis como o é o direito à vida, à incolumidade física, a liberdade de locomoção, o trabalho livre, a igualdade perante a lei, e muitos outros. Por constituírem os direitos do homem um acervo ideal, entre eles existem alguns, que por força de circunstâncias, podem ser objeto de renúncia, como o direito à propriedade e ao lazer. Alguns, a rigor, são apenas expectativas de direito, dependendo a sua configuração definitiva de contingências factuais ulteriores. Como a caracterização de alguns direitos ainda não se consolidou em 'tipo', a Declaração adiantou-se na previsão do futuro, dentro dum enfoque universal*. In.: CARVALHO, Júlio Marino. Op. cit., p. 58.

para que se defendam de qualquer ato discriminatório que ofenda ou viole o que foi firmado na Declaração.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de acordo com o posicionamento de COMPARATO¹⁵⁶, está fundada em três princípios axiológicos: da liberdade, da igualdade e da fraternidade. O princípio da igualdade está previsto no artigo II, da Declaração de 1948. Existe violação desse princípio quando há o tratamento diferenciado de um indivíduo, como ser inferior, utilizando da desculpa da diferença de raça, costume ou gênero. As diferenças são necessárias para a humanidade justamente para que aprenda com elas, e com isso se cultive a tolerância e respeito mútuo entre os seres humanos. O princípio da liberdade abrange não só o aspecto político, mas também o individual, previsto nos artigos XXI, VII a XIII, XVI a XX, da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵⁷.

O princípio da fraternidade ou solidariedade está na base dos direitos econômicos e sociais, previsto nos artigos XXII a XXVI, da Declaração de 1948, requisitos elementares de proteção às classes ou grupos sociais mais fracos. Importante ressaltar a proibição de qualquer forma de escravidão do ser humano. A Declaração estende o sistema de proteção a novos setores, tais como o direito de asilo às vítimas de perseguição e o direito de todos terem uma nacionalidade.

Quanto ao conteúdo propriamente dito da Declaração Universal dos Direitos Humanos, CARRILLO SALCEDO¹⁵⁸, com suporte na lição de René Cassin, afirma que poderia ser comparada a um templo, em cujo átrio, que seria o Preâmbulo, estão previstos os princípios da liberdade, igualdade, fraternidade e a proibição de discriminação de qualquer espécie. Esse templo possui quatro colunas, de igual importância, que sustentam o pórtico.

¹⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 209.

¹⁵⁷ No que se refere ao princípio da liberdade, COMPARATO, diz que: *Reconhece-se, com isto, que ambas essas dimensões da liberdade são complementares e interdependentes. A liberdade política, sem as liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo, mal esconde a dominação oligárquica dos mais ricos*. In.: Idem, p. 212.

¹⁵⁸ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. cit., p. 54-56.

A primeira coluna abrange os direitos e liberdades de ordem pessoal, ou seja, o direito à vida, à dignidade e à segurança do ser humano. Direito às garantias contra a escravidão, a tortura, a prisão arbitrária. Direito a interpor recursos judiciais contra possíveis abusos de ordem política.

A segunda coluna está formada pelos direitos do indivíduo em suas relações com os grupos, previstos nos artigos 12 a 17, da Declaração. Ou seja, o direito do indivíduo não sofrer interferências na sua vida pessoal, familiar, em sua residência e ou na sua correspondência, muito menos ataques a sua honra e reputação. Direito a circular livremente, sair e regressar de qualquer país, inclusive do seu próprio país. Direito a buscar asilo em caso de perseguição. Direito a uma nacionalidade. Direito a contrair matrimônio e fundar uma família, porque a família é considerada como elemento fundamental da sociedade e, por isso deve merecer proteção especial do Estado. E, por fim, direito à propriedade, seja individual ou coletiva.

A terceira coluna centra-se nas faculdades do espírito, isto é, nas liberdades políticas e nos direitos políticos fundamentais, previstos nos artigos 18 a 21, da Declaração, que são o direito à liberdade de expressão, consciência e crença religiosa. Direito de liberdade de associação e de participar da vida política, elegendo e sendo eleito e o direito de acesso ao serviço público.

A quarta coluna refere-se aos direitos econômicos, sociais e culturais, previstos nos artigos 22 a 27, da Declaração, que dizem respeito ao direito ao trabalho, à seguridade social, à liberdade sindical, à educação, ao descanso, à vida cultural e à proteção da criação artística¹⁵⁹.

¹⁵⁹ CARRILLO SALCEDO, também se refere ao conteúdo da Declaração dos Direitos Humanos, a partir de sua própria classificação, que seria dividida em cinco grupos: 1º grupo – estariam os direitos inerentes à pessoa (artigos 3, 4, 5, 6 e 7); 2º grupo – direitos que garantissem a segurança da pessoa (artigos 8, 9, 10, 11, 12 e 14); 3º grupo – direitos relativos à vida política do indivíduo (artigos 18, 19, 20 e 21); 4º grupo – direitos econômicos e sociais (artigos 17, 22, 23, 24, 25, 26 e 27); 5º grupo – direitos relativos à vida política jurídica e social dos indivíduos (artigos 13, 15 e 26). In.: Idem, p. 56-57.

Os direitos definidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos costumam, em regra geral, ser classificados em duas grandes categorias. A primeira categoria seria a dos direitos civis e políticos, previstos do artigo 3º até o artigo 21; a segunda categoria compreenderia os direitos econômicos, sociais e culturais, previstos do artigo 22 até o artigo 28, da Declaração¹⁶⁰.

Salienta-se, que alguns direitos não foram reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁶¹, como o direito de petição, pois alguns países se opuseram à inclusão desse direito, argumentando que feriria o princípio da não-intervenção em assuntos internos dos Estados, bem como o direito das minorias, o direito à rebelião contra a tirania e à opressão dos Governos. Além disso, outros direitos, como o direito ao asilo, foram formulados de maneira imprecisa e ambígua.

¹⁶⁰ ALVES, cita a classificação dada por Jack Donnelly, assim dividida: 1) *Direitos Pessoais, incluindo os direitos à vida, à nacionalidade, ao reconhecimento perante a lei, à proteção contra tratamentos ou punições cruéis, degradantes ou desumanas, e à proteção contra a discriminação racial, étnica, sexual ou religiosa (artigos 2º a 7º e 15)*; 2) *Direitos Judiciais, incluindo o acesso a remédios por violações dos direitos básicos, a presunção de inocência, a garantia de processo público justo e imparcial, a irretroatividade das leis penais, a proteção contra a prisão, detenção ou exílio arbitrários, e contra a interferência na família, no lar e na reputação (Artigos 8º a 12)*; 3) *Liberdades Cívicas, especialmente as liberdades de pensamento, consciência e religião, de opinião e expressão, de movimento e residência, e de reunião e de associação pacífica (Artigos 13 e de 18 a 20)*; 4) *Direitos de Subsistência, particularmente os direitos à alimentação e a um padrão de vida adequado à saúde e ao bem estar próprio e da família (Artigo 25)*; 5) *Direitos Econômicos, incluindo principalmente os direitos ao trabalho, ao repouso e ao lazer, e à segurança social (Artigos 22 a 26 – proposital ou acidentalmente, Donnelly omite o Artigo 17, sobre o direito à propriedade, que acabaria excluído dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, conforme se verá adiante)*; 6) *Direitos Sociais e Culturais, especialmente os direitos à instrução e à participação na vida cultural da comunidade (Artigos 26 e 28)*; 7) *Direitos Políticos, principalmente os direitos a tomar parte no governo e a eleições legítimas com sufrágio universal e igual (Artigo 21), ‘mais os aspectos políticos de muitas liberdades civis’*. In.: ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. p. 46.

¹⁶¹ Sobre este aspecto, ALVES, escreve que as principais omissões da Declaração diziam respeito aos direitos das minorias, ao direito de resistir à opressão, e aos direitos das pessoas residentes em territórios dependentes (dois terços da população do mundo viviam então em territórios sob regime colonial). Os direitos das minorias, surpreendentemente evitados por uma organização que nascia como herdeira da Liga das Nações – porque fatalmente introduziriam na Declaração a noção complicadora de direitos humanos coletivos, rejeitada pela doutrina liberal clássica e até hoje objeto de questionamentos em alguns setores –, somente foram registrados de forma clara no Artigo 27 do Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, e objeto de uma declaração consensual específica na presente década: a Declaração dos Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992. O direito de resistência à opressão, tão caro aos filósofos do Iluminismo e à história dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, foi postulado nas negociações pela União Soviética e fortemente objetado por delegados ocidentais, sobretudo norte-americanos, como possível forma de legitimação para atos de rebelião contra governos não-tirânicos. Não chegou a ser incorporado na Declaração com o formato normativo de um direito, mas se encontra consignado no Preâmbulo como uma justificativa de todos os demais: ‘(...) considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão (...)’. Quanto aos direitos das pessoas habitantes em territórios dependentes, foram eles que fundamentaram a denominação final do documento como Declaração Universal dos Direitos Humanos –, com validade para todos os seres humanos em qualquer lugar do planeta. Além disso, o último parágrafo preambular, assim como o segundo parágrafo do Artigo 2º determinam que os direitos consagrados na Declaração não serão objeto de distinção ou aplicação seletiva com base na situação política, jurisdicional ou internacional do país ou território a que estas pessoas pertençam. In.: ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. p. 31-32.

Outro marco importante da Declaração dos Direitos Humanos é a concepção de que o único regime político que respeita efetivamente os direitos do homem é o regime democrático, único caminho legítimo para a organização do Estado.

Em suma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi um dos poucos instrumentos jurídicos internacionais¹⁶², objeto de tanto empenho para que se concretizasse, o que proporcionou, sem dúvida, uma revolução jurídica no campo dos direitos humanos¹⁶³.

3.1.3. A Polêmica Discussão sobre os Efeitos Normativos

Em termos técnicos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui uma recomendação que a Assembléia Geral das Nações Unidas faz aos seus Estados-membros, razão pela qual alguns doutrinadores argumentam que o documento não possui força vinculante. Posição divergente é sustentada por COMPARATO. Segundo esse autor, tal concepção está embasada num formalismo exacerbado. *Reconhece-se, hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não*¹⁶⁴.

Quanto à obrigatoriedade do instrumento, também existem posições diferentes por parte dos doutrinadores da área. Para alguns, a Declaração Universal dos Direitos

¹⁶² Quanto a importância do documento, CARVALHO, afirma que *concluída essa tramitação das nações empenhadas em criar e manter um clima de paz universal, em 26 de junho de 1945, em San Francisco, foi firmada a Carta da ONU que recebeu o investimento de ser a grande fonte inspiradora de um Direito internacional moderno, revestido de novas e salutar características. Os textos normativos emanados da Sociedade das Nações, da Carta de Atlântico de 1941, das Declarações das Nações Unidas de 1942 e outros convênios forma arquivados no cofre da história dos atos convencionais ultrapassados, com suas lições do que 'deve e não deve ser feito' no convívio internacional, com vistas à manutenção da paz no mundo.* In.: CARVALHO, Júlio Marino de. Op. cit., p. 56.

¹⁶³ O significado da Declaração dos Direitos Humanos para BOBBIO, *representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca de sua validade.* (...) *Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mais todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No deste processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem.* In.: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** p. 26 e p. 30.

¹⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 209.

Humanos gera os efeitos legais de um tratado internacional; para outros, essa é a corrente de pensamento com maior número de adeptos, a força do instrumento seria como a de qualquer outro documento firmado entre Estados, e advém de sua conversão gradativa em norma consuetudinária. Entretanto, a Declaração tem sido citada de forma generalizada pelos Estados, e sua invocação não tem sido contestada pelas unidades estatais.

Portanto, os direitos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 correspondem às exigências básicas de respeito à dignidade humana, também reconhecidas pelos costumes e princípios elementares internacionais. A Declaração de 1948 é fonte dos valores e princípios do homem, não importando a cor, raça, credo, sexo, nacionalidade, língua, pois reconhece universalmente o direito da igualdade do ser humano.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos iniciou um movimento mundial pelo resgate do homem como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Possui plena capacidade jurídica internacional, visto que antes de sua proclamação a sociedade mundial estava se reerguendo das consequências nefastas provocadas pela Segunda Guerra Mundial. Tem como objetivo, ainda, a proteção integral do ser humano e não apenas a proteção de certos indivíduos e em certas condições.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também serviu como primeiro passo para que os Estados adotassem tratados e instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, para aplicá-los nos planos global e regional, pois é reconhecida por refletir normas do Direito Internacional consuetudinário. Seus princípios são considerados como princípios gerais do direito.

Os tribunais internacionais e nacionais vêm utilizando constantemente os princípios adotados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ela possui autoridade como instrumento de efetivação e proteção dos direitos humanos e tem servido como fonte para que esses direitos se concretizassem. Também, serve de referência em várias

Constituições e de outros instrumentos de garantias desses direitos¹⁶⁵. A importância da Declaração Universal de 1948 como marco fundamental na história do homem contemporâneo, é bem assinalada por CANÇADO TRINDADE, no *decorrer de cinco décadas de extraordinária projeção histórica, a Declaração Universal adquiriu uma autoridade que seus redatores jamais teriam imaginado ou antecipado. Isso ocorreu não em razão das pessoas que participaram de sua elaboração, ou da forma que lhe foi dada, ou das circunstâncias de sua adoção: isso ocorreu porque gerações sucessivas de seres humanos, de culturas distintas e em todo mundo, nela reconheceram a 'a meta a alcançar' (common standart of achievement, tal como originalmente proclamada) que correspondia a suas mais profundas e legítimas aspirações*¹⁶⁶.

Feitas essas considerações, conclui-se que, embora a Declaração dos Direitos Humanos, quando da sua elaboração, recebesse muitas críticas, é inegável o seu papel importante no desempenho dos direitos fundamentais do ser humano¹⁶⁷. A partir dessa Declaração, outras declarações e convenções foram elaboradas, com a finalidade de dar proteção integral aos direitos humanos, ampliando o campo desses direitos que merecem amparo. Entre os direitos, destacam-se os direitos sociais, econômicos e culturais, a amplitude da titularidade de direitos, com a extensão da concepção de sujeito de direito, atingindo as

¹⁶⁵ Referências à Declaração Universal de 1948 passaram a figurar na jurisprudência dos tribunais internacionais, inclusive na Corte Internacional de Justiça. Juntamente com as disposições sobre direitos humanos da Carta das Nações Unidas e de sucessivos tratados e instrumentos internacionais de proteção, a Declaração de 1948 veio a servir de base à ação internacional na salvaguarda dos direitos humanos. Os tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos vieram a mostrar-se dotados, no plano substantivo, de fundamentos e princípios básicos próprios, assim como de um conjunto de normas a requerer uma interpretação e aplicação de modo a lograr a realização do objeto e propósito dos instrumentos de proteção. In.: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos**. p. 25

¹⁶⁶ In.: Idem, p. 27.

¹⁶⁷ O entendimento de BONAVIDES, sobre a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos é compreendida da seguinte forma: *Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto este século. Trata-se de um documento de convergência e ao mesmo passo de uma síntese. Convergência de anseios e esperanças, porquanto tem sido, desde sua promulgação, uma espécie de carta da alforria para os povos que a subscreveram, após a guerra de extermínio dos anos 30 e 40, sem dívida o mais grave duelo da liberdade com a servidão em todos os tempos. Síntese, também, porque no bronze daquele monumento se estamparam de forma lapidar direitos e garantias que nenhuma Constituição insuladamente lograra ainda consagrar, ao redor de um consenso universal (...). Erra todo aquele que vislumbra no valor das Declarações dos Direitos Humanos uma noção abstrata, metafísica, puramente ideal, produto da ilusão ou do otimismo ideológico. A verdade é que sem esse valor não se explicaria a essência das constituições e dos tratados, que objetivamente compõem as duas faces do direito público – a interna e a externa*. In.: BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 527.

entidades de classe, as organizações sindicais e outras tantas organizações.

3.2. As Conferências Mundiais de Direitos Humanos

3.2.1. Conferência Mundial de Direitos Humanos de Teerã

É importante ressaltar que, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ocorreu a I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Teerã, de 22 de abril a 13 de maio de 1968. Ficou conhecida por ter adotado a Proclamação de Teerã, a qual contém uma análise e reavaliação da proteção dos direitos humanos e de vinte e nove resoluções sobre os mais diferentes temas da área dos direitos humanos. As resoluções que merecem destaque, pela sua transcendência, adotadas no Ato Final da Conferência de Teerã, são: Resolução n. XXII, sobre a ratificação ou adesão universal pelos Estados aos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos; Resolução n. VIII, sobre a realização universal do direito à autodeterminação dos povos; Resolução XVII, sobre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos; Resolução n. XXI, sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais; Resoluções n. III, IV, VI e VII, sobre a eliminação do *apartheid* e de todas as formas de discriminação racial; Resolução n. IX, sobre os direitos da mulher; Resolução n. X, sobre regras modelo de procedimento para órgãos de supervisão de violações de direitos humanos; Resolução n. XX, sobre educação em matéria de direitos humanos; Resolução n. XXII, sobre os direitos humanos em conflitos armados¹⁶⁸.

A principal meta dessa Conferência foi avaliar as duas primeiras décadas de experiência da proteção internacional dos direitos humanos na era das Nações Unidas.

A Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos, adotada pelo plenário da I Conferência Mundial de Direitos Humanos, em 13 de maio de 1968, deu uma nova abordagem à matéria. É considerada como referência importante na evolução doutrinária da

¹⁶⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos*. p. 27-28.

proteção internacional dos direitos humanos.

O ponto de destaque dessa Conferência foi o reconhecimento da inter-relação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos, que nada mais é do que um dos fundamentos da própria Declaração Universal de 1948. A inclusão de uma nova visão, global e integrada, de todos os direitos humanos, foi o marco da Conferência de Teerã. Também como ponto fundamental foi a constatação de denegações maçicas dos direitos humanos pelos Estados, que colocavam em risco os fundamentos da liberdade, justiça e paz no mundo. Outro aspecto ressaltado foi da lacuna existente entre os países economicamente desenvolvidos e os países subdesenvolvidos, que obstaculiza a efetivação dos direitos humanos na comunidade internacional. Nessa direção, CANÇADO TRINDADE ensina que, *mas do que qualquer outra passagem da Proclamação de Teerã, foi o seu parágrafo 13 o que melhor resumiu a nova visão da temática dos direitos humanos, ao dispor: Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, é impossível*¹⁶⁹.

A partir dessa Conferência, reafirma-se uma nova visão, global e integrada, de todos os direitos humanos. A consagração da tese da inter-relação ou indivisibilidade dos direitos humanos, consubstanciada por meio da Resolução n. 32/130 de 1977 da Assembleia Geral das Nações Unidas e reforçada pelas subseqüentes Resoluções 39/145, de 1984, e 41/117, de 1986, da mesma Assembleia Geral, tese, aceita em nível universal¹⁷⁰.

Conclui-se que a Proclamação de Teerã contribui imensamente para sedimentar a visão global da indivisibilidade e inter-relação de todos os direitos humanos.

¹⁶⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O legado da Declaração Universal e o futuro da proteção internacional dos Direitos Humanos**. Idem, p. 29.

¹⁷⁰ In.: Idem, *ibidem*.

3.2.2. Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena

Em Viena, realizou-se a II Conferência Mundial de Direitos Humanos, no período de 14 a 25 de junho de 1993, com a participação de um número expressivo de representantes dos Estados e de organizações internacionais¹⁷¹, cujo objetivo principal concentrava-se na discussão do tema 'Direitos Humanos', que teve como precedente a Conferência de Teerã.

A idéia de realização desta Conferência, foi lançada na Organização das Nações Unidas, através da Resolução nº 44/156, da Assembléia Geral. A convocação ocorreu em 1990, por via da Resolução 45/155¹⁷².

Até a efetivação da Conferência de Viena sobre Direitos Humanos, ocorreram quatro sessões do seu Comitê Preparatório, nos anos de 1991, 1992 e 1993, época em que o contexto histórico apresentava instabilidade. O quadro era de guerras e conflitos armados em alguns países, além do agravamento da crise econômica internacional. Em razão disso, essas reuniões não foram marcadas pelo consenso e sim pelas divergências.

Foi destaque nesta Conferência, a preocupação em assegurar o princípio da

¹⁷¹ ALVES acrescenta os seguintes dados a respeito da Convenção de Viena sobre Direitos Humanos: *Segundo grande conclave mundial do período pós- Guerra Fria, convocada na sequência da Rio-92, a Conferência de Viena desdobrou-se em vários eventos, muitos dos quais simultâneos, com participação polimorfa. Contou, assim, com delegações oficiais representando 171 Estados; reuniu 2.000 organizações não governamentais no 'Fórum de ONGs'; teve 813 ONGs acreditadas como observadoras na conferência propriamente dita, de caráter governamental; organizou encontros paralelos de instituições nacionais encarregadas da proteção dos direitos humanos nos respectivos países; promoveu palestras de acadêmicos e personalidades reconhecidas internacionalmente por sua atuação na matéria; abrigou os presidentes de comitês internacionais de monitoramento criados pelas convenções de direitos humanos e os diretores das agências especializadas das Nações Unidas para sessões de trabalho; manteve, ao longo de 15 dias, cerca de 10.000 indivíduos dedicados exclusivamente à questão dos direitos humanos.* In.: ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global.** p. 24.

¹⁷² Sobre as divergências colocadas nos encontros do Comitê, ALVES acrescenta que: *Refletindo as tensões internacionais, as quatro sessões do Comitê Preparatório da Conferência Mundial, em 91, 92 e 93, caracterizaram-se muito mais pelos desentendimentos do que pelas convergências. Qualquer proposta ou sugestão liberalizante do Ocidente era encarada com desconfiança pelos afro-asiáticos e alguns países de outros grupos como possível manifestação do alardeado 'direito de ingerência'. Qualquer proposta do Terceiro Mundo visando mais à coletividade do que o indivíduo era vista pelo Ocidente como tentativa de rejeição à noção de direitos individuais em favor de regimes autoritários. A essas dificuldades inerentes às diferentes percepções ideológicas-sistêmicas e às divergências Norte-Sul acresciam, ainda, as transposições para a esfera dos direitos humanos das controvérsias políticas bilaterais, como a da Índia e do Paquistão a propósito da Cashemira, e regionais, como as do Oriente Médio, assim como situações nacionais particulares, caracterizadas pela existência de movimentos insurrecionais, pela atuação de grupos terroristas, e por outros fatores específicos, todos os quais influenciavam as posturas das respectivas delegações.* In.: ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global.** p. 25.

indivisibilidade dos direitos humanos na prática, merecendo especial tratamento as pessoas discriminadas ou desfavorecidas, os pobres e os socialmente excluídos, aqueles que efetivamente mais necessitavam de proteção, tanto no campo internacional como no campo interno de cada Estado, na busca de soluções globais às mazelas que atingem a todos os seres humanos¹⁷³. Além do grande número de participantes, a Conferência contribuiu para sedimentar e difundir a importância dos direitos humanos como tema global e de interesse para toda a humanidade.

No que se refere aos tratados de direitos humanos, a Conferência de Viena estabelece como um dos seus objetivos a ratificação universal e sem reservas dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas, bem como a inclusão de mecanismos de promoção e proteção dos direitos humanos por todos e em todos os Estados.

Quanto ao conteúdo, a Declaração de Viena, no seu artigo 1º, prevê o princípio da universalidade dos direitos humanos, conferindo caráter universal aos direitos arrolados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. ALVES acrescenta que a *reafirmação da universalidade dos direitos humanos constituiu, por sinal, uma das conquistas mais difíceis da Declaração de Viena. Não havendo participado da elaboração e da aprovação da Declaração Universal, e em função de seus sistemas culturais, religiosos e ideológicos diferentes daqueles do Ocidente, muitos países asiáticos e africanos insurgiram-se, no processo preparatório, contra a própria idéia dos direitos humanos que inspirou o texto de* 48¹⁷⁴.

Apesar das divergências, consagrou-se a universalidade de tais direitos. As

¹⁷³ Já não mais se podia, tampouco, professar o universalismo no plano tão-somente conceitual ou normativo e continuar aplicando ou praticando a seletividade no plano operacional. Já não mais podia haver dúvida de que os direitos humanos se impõem e obrigam os Estados, e, em igual medida, os organismos internacionais e as entidades ou grupos detentores do poder econômico, particularmente aqueles cujas decisões repercutem no cotidiano da vida de milhões de seres humanos. Os direitos humanos, em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo quanto operacional, acarretam obrigações erga omnes. In.: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O legado da declaração universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos*. p. 30.

¹⁷⁴ ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. p. 27.

particularidades históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas pelos Estados, mas não os exime do dever de proteger e promover os direitos humanos. A questão da universalidade dos direitos humanos não pode ser considerada como utópica. Como bem acentua ALVES, *verifica-se que a colocação universalista dos direitos humanos, nos termos adotados na Declaração, não é irrealista. O grande afluxo de organizações afro-asiáticas, sobretudo do movimento feminista, com postulações liberais e libertárias, sem qualquer sinal de submissão a orientações externas, demonstrava concretamente que os direitos humanos podem e devem ser incorporados às mais diversas culturas, sem que, com isso, elas percam os fundamentos e características essenciais*¹⁷⁵.

Outro ponto importante desta Conferência é do artigo 2º, que estabelece o direito à autodeterminação dos povos. Em razão desse direito, determinam-se livremente as suas situações política e como os seus desenvolvimentos econômico, social e cultural.

Também, prepondera como ponto fundamental dessa Conferência, o reconhecimento à legitimidade da comunidade internacional, com referência à promoção e a proteção dos direitos humanos, previstos no artigo 4º, o que vem reforçar a assertiva de que os direitos humanos vão além do domínio reservado dos Estados, descartando, dessa forma, a alegação, em muitas situações abusivas, ao princípio da soberania, às violações perpetradas pelos Estados contra a proteção dos direitos humanos.

O reconhecimento do direito ao desenvolvimento como um direito universal, inalienável e parte integrante dos direitos fundamentais, também foi uma grande conquista, em especial para os países subdesenvolvidos. A Conferência de Viena estabelece medidas concretas para a efetivação do direito ao desenvolvimento, por meio da cooperação internacional, com destaque as questões da dívida externa e a luta pelo fim da pobreza absoluta.

¹⁷⁵ In.: Idem, p. 28.

Além dos direitos citados, a Conferência de Viena se inspira e se orienta pelo paradigma da interdependência entre democracia, desenvolvimento e respeito aos direitos humanos.

Desta Conferência surgiu a Declaração de Viena, que prevê o Programa de Ação de Viena, ou seja, recomendações com base nos requerimentos das Organizações Não-Governamentais (ONGs) mais atuantes. Com destaque, os seguintes itens:

a) a coordenação entre todas as agências e órgãos da Organização das Nações Unidas em apoio aos direitos humanos; b) a avaliação pelas organizações e instituições financeiras e de promoção ao desenvolvimento, regionais e internacionais, do impacto de suas políticas sobre o gozo dos direitos humanos; c) a alocação de maiores recursos financeiros e administrativos ao Centro para os Direitos Humanos das Nações Unidas; d) o reforço à assistência técnica internacional para os direitos humanos; e) o reforço ao sistema de monitoramento internacional de todos os direitos; f) a consideração prioritária pela Assembléia Geral da questão do estabelecimento de um Alto Comissário para os Direitos Humanos; g) a criação de um programa abrangente, nas Nações Unidas, para auxiliar os Estados, a seu pedido, na implementação de projetos nacionais com impacto direto na observância dos direitos humanos e na manutenção do Estado de Direito¹⁷⁶.

Denota-se a importância da Declaração de Viena, como elemento essencial à promoção e proteção dos direitos humanos. Foi um documento formado a partir do consenso, a respeito de um assunto de interesse da humanidade. Seguindo o entendimento de ALVES¹⁷⁷, se este documento ajudar a atenuar os conflitos mundiais, sem dúvida alguma, contribuirá para recolocar o homem e a mulher como verdadeiros sujeitos do Direito e da História.

As duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos são parte de um processo

¹⁷⁶ ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. p. 31.

¹⁷⁷ In.: Idem, p. 35.

longo, em busca da construção de uma concepção universal de respeito aos direitos humanos, tendo como sustentáculo a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, um dos principais suportes de sustentação a toda arquitetura internacional de normas e mecanismos de proteção aos direitos humanos. Foi o primeiro documento internacional a estabelecer os direitos inerentes a todos os homens e mulheres, independentemente das suas peculiares situações, mas que devem ser observados em todo mundo¹⁷⁸.

3.3. Os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos

Após a Declaração dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, a Comissão dos Direitos Humanos ficou responsável pela organização de uma convenção ou pacto, com o objetivo de regular a aplicação dos direitos reconhecidos internacionalmente, bem como implantar um sistema de controle de efetivação desses direitos.

Na realidade, foram organizados dois pactos, após a Declaração dos Direitos Humanos, que levaram entre a sua formulação e aprovação, mais de trinta anos. Essa demora ocorreu em razão das divergências¹⁷⁹ sobre vários pontos da discussão e, em especial, quanto às distinções e igualdades entre as duas categorias de direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. Em virtude do dissenso, a Assembléia Geral das Nações Unidas optou pela adoção de dois documentos, com previsões semelhantes, naquilo que fosse

¹⁷⁸ Sobre a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos no contexto internacional, ALVES leciona que *a Declaração Universal de 1948 e, para os Estados deles participantes, os Pactos que a complementam na Carta Internacional representam, no mundo contemporâneo, o referencial básico do Estado de Direito. O nível de respeito político às disposições daqueles documentos e de sua tradução concreta na administração da sociedade constitui – tanto quanto o sufrágio livre da cidadania por eles próprios consignado como direito fundamental – a baliza de avaliação de legitimidade de qualquer governo pela comunidade internacional e por seus próprios cidadãos*. In.: ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. p. 26.

¹⁷⁹ Sobre as divergências, quanto à elaboração de um só documento, são citadas por ALVES, *a argumentação doutrinária contrária à confecção de um único instrumento insistia nas características diferentes dessas duas categorias de direitos. Elas podem ser visualizadas no seguinte esquema: a) Direitos Civis e Políticos seriam – jurisdicionados (positivados nas jurisdições nacionais), portanto, exigíveis em juízo; - de realização imediata; - dependentes apenas de abstenção ou 'prestação negativa', pelo Estado; - passíveis de monitoramento; b) Direitos Econômicos, Sociais e Culturais seriam – não jurisdicionados (não podem ser objeto de ação judicial); - de realização progressiva (conforme os meios à disposição do Estado); dependentes de prestação positiva do Estado (políticas públicas adequadas, voltadas para seu entendimento); - de difícil monitoramento, sobretudo em sua dimensão individual. Em termos mais simples, os direitos civis e políticos seriam realizados 'contra o Estado' e os direitos econômicos, sociais e culturais seriam realizados 'pelo Estado'*. In.: ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. p. 33-34.

possível, mas que deveriam ser aprovados e assinados num só momento, com o objetivo de unidade dos instrumentos.

Os dois pactos internacionais sobre direitos humanos foram adotados pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1966. As trinta e cinco ratificações necessárias à entrada em vigor de cada um, somente foram concluídas após dez anos, em 1976. Conforme deliberação da Assembléia Geral das Nações Unidas, os dois Pactos estabelecem algumas provisões semelhantes ou idênticas. Prova disso são os Preâmbulos que têm a mesma redação e seguem a linguagem da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no que se refere à dignidade inerente a todos os membros da família humana. Reconhece que o ideal do ser humano livre pode efetivar-se desde que haja condições que permitam a cada ser humano gozar de seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A seguir, tratar-se-á sobre pontos elementares dos mencionados Pactos.

3.3.1. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, vigente desde 3 de janeiro de 1976, foi aprovado por meio da Resolução nº 2.200¹⁸⁰. O Pacto estabelece para os Estados-partes a obrigação de implantação de medidas individuais e através da assistência e cooperação internacionais, especialmente econômicas e técnicas, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançarem progressivamente a completa realização dos direitos nele reconhecidos. Prevê, ainda, sob a forma de direitos¹⁸¹, as

¹⁸⁰ Quanto à eficácia dos direitos previstos no Pacto, WEIS, posiciona-se da seguinte maneira: *Assim, os direitos econômicos, sociais e culturais possuem um duplo grau de eficácia, na medida em que são condição de verificação efetiva dos direitos civis e políticos, ao mesmo tempo em que revelam um compromisso jurídico dos Estados em transformar a realidade na direção indicada pelos direitos assegurados pelo tratado. Mais além, a doutrina processual vem caminhando no sentido de reconhecer interesses jurídico transindividuais, criando mecanismos de dedução das lides correspondentes, o que contribui para tornar os direitos aqui tratados exigíveis judicialmente, como os direitos civis e políticos.* In.: WEIS, Carlos. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. p. 317.

¹⁸¹ Para BEDIN, tais direitos compreendem a terceira geração de direitos, os chamados direitos de créditos, ou seja, os direitos que tornam o Estado devedor dos indivíduos trabalhadores e dos indivíduos marginalizados, no que se refere à obrigação de realizar ações concretas, visando a garantir-lhes um mínimo de igualdade e de bem-estar social. Estes direitos, portanto, não são direitos estabelecidos 'contra o Estado' ou direitos de 'participar no Estado', mas sim direitos garantidos 'através ou por meio do Estado'. In.: BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. p. 62.

condições sociais, econômicas e culturais para a vida digna. É o único instrumento jurídico de alcance genérico e mundial a conferir obrigatoriedade à promoção e proteção dos direitos humanos, denominados de segunda geração¹⁸².

Esse Pacto, a exemplo do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, descreve, aprofunda e amplia os direitos da pessoa humana como ser social. Os Estados-partes desse Pacto assumem o compromisso de garantir progressivamente até o máximo de seus recursos disponíveis, empreendendo medidas com recursos próprios ou através da colaboração internacional, o pleno exercício, sem discriminações, dos direitos nele reconhecidos¹⁸³.

São direitos econômicos, de acordo com o Pacto, aqueles ligados à produção,

¹⁸² Sobre as gerações dos direitos, BOBBIO, ensina que *ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é reivindicado pelos movimentos ecológicos: direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentaram novas exigências que só poderiam chamar-se de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo.* In.: BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 5-6. MELLO, ensina que *os direitos humanos têm sido classificados por vários autores em gerações. A 1ª geração unia a de direitos civis e políticos, a 2ª de direitos econômicos, sociais e culturais e a 3ª geração dos direitos com 'vocação comunitária' (Gross Espiell), ou os direitos da solidariedade (esta denominação parece ser de Karel Vasak), ou ainda novos direitos humanos. A grande característica deles é serem 'individuais e coletivos'. Integram tais direitos a 'autodeterminação', 'a paz', ao desenvolvimento e a um 'meio ambiente adequado'. Os direitos de 3ª geração começaram a serem defendidos na década de 90. As denominações acima não são sempre corretas, por exemplo, a solidariedade existe igualmente em outros direitos humanos de 4ª geração que são o resultado da globalização como o direito à democracia e o direito à informação. Para Perez Luño da 3ª geração são o resultado da 'poluição das liberdades' devido às novas tecnologias e à importância do direito ao meio ambiente e à qualidade de vida. Falar em gerações conduz a equívocos, porque o DIP nesta matéria apresenta uma peculiaridade: é que aqui a 1ª geração é dos direitos sociais, com a criação da OIT em 1919, enquanto no D. Interno fazem parte da 2ª geração, que é precedida pela primeira integrada pelos direitos civis e políticos. Cançado Trindade que tem em inúmeras palestras e conferências combatido esta divisão dos direitos humanos em gerações além da crítica já citada acrescenta que há um risco de dar-se maior predomínio nos direitos humanos de uma geração mais recente. Na verdade, repetimos, os direitos humanos são indivisíveis. Delmas-Marty salienta que há direitos inclassificáveis como o direito ao trabalho que é um direito social, mas também faz parte das liberdades públicas. O direito à propriedade é um direito econômico e civil ao mesmo tempo. A Corte Europeia de Direitos Humanos afirma que não há uma divisão entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos e sociais. Afirmar que os direitos humanos são indivisíveis significa que são complementares e devem ser compatíveis.* In.: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. p. 793-794.

¹⁸³ Sobre os direitos humanos e sociais FARIA tem a seguinte posição: *Se os direitos humanos foram originariamente constituídos como forma de proteção contra o risco de abusos e arbítrios praticados pelo Estado, concretizando-se somente por intermédio desse mesmo Estado, os direitos sociais surgiram juridicamente como prerrogativas dos segmentos mais desfavoráveis – sob a forma normativa de obrigações do Executivo, entre outros motivos porque, para que possam ser materialmente eficazes, tais direitos implicam uma intervenção ativa e continuada por parte dos poderes públicos. A característica básica dos direitos sociais está no fato de que, forçados numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem. Ao contrário da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige apenas que o Estado jamais permita sua violação, os direitos sociais não podem ser 'atribuídos' aos cidadãos; cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação.* In.: FARIA, José Eduardo. *O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira*. p. 105.

distribuição e consumo da riqueza e que objetivam, em especial, disciplinar as relações de trabalho, como as que prevêm a liberdade de escolha de trabalho, condições justas e favoráveis. Remuneração que atenda às necessidades básicas do trabalhador e de sua família, sem qualquer distinção entre o trabalho da mulher e do homem. Condições de trabalhos dignas, fazer greves, proteção da família, das mães e das gestantes, proibição de trabalho infantil e restrição do trabalho de crianças e de adolescentes.

No que se refere aos direitos sociais e culturais¹⁸⁴, relacionam-se a um padrão de vida digno, incluindo a educação, a participação na vida cultural da comunidade, a

¹⁸⁴ TELLES, faz uma profunda reflexão do real sentido dos direitos sociais e levanta as seguintes constatações: *Direitos sociais: afinal do que se trata? A pergunta não é retórica. Tampouco trivial. Significa, de partida, tomar a sério as incertezas dos tempos que correm. Pois falar dos direitos sociais significa falar dos dilemas, talvez os mais cruciais do mundo contemporâneo. Suscita a pergunta e dúvida sobre as possibilidades de um mundo mais justo e mais igualitário. Pergunta que não é de hoje, certamente. Mas que ganha uma especial urgência diante da convergência problemática entre uma longa história de desigualdades e exclusões; as novas clivagens e diferenciações produzidas pela reestrutura produtiva e que desafiam a agência clássica de universalizações de direitos; e os efeitos ainda não inteiramente conhecidos do atual desmantelamento dos (no Brasil) desde sempre precários serviços, públicos, mas que nesses tempos de neoliberalismo vitorioso, ao mesmo tempo em que leva ao agravamento da situação social das maiorias, vem se traduzindo em um estreitamento do horizonte de legitimidade dos direitos e isso em espécie de operação ideológica pela qual a falência dos serviços é mobilizada como prova de verdade de um discurso que opera com oposições simplificadoras, associando Estado, atraso e anacronismo, de um lado, e, de outro, modernidade e mercado. Operação insidiosa que elide a questão da responsabilidade pública. E descaracteriza a própria noção de direitos, desvinculando-os do parâmetro da justiça e da igualdade, fazendo-os deslizar em um campo semântico no qual passam a ser associados a custos e ônus que obstam a modernização da economia, ou então os privilégios corporativos que carregam anacronismos que precisam ser superados para que o mercado possa realizar plenamente suas supostas virtudes civilizadoras.* In.: TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais: afinal do que se trata?** p.1. Nesse âmbito, segundo BEDIN, (...) *os direitos do homem, em especial os direitos econômicos e sociais, correm um grande perigo nas sociedades deste final de século. Perigo este que não mais advém das posturas políticas da esquerda tradicional (os direitos do homem são concretos demais, são direitos burgueses) ou da direita tradicional (os direitos do homem são abstratos demais, são direitos de um homem não-empírico), mas sim de uma nova direita, denominada neoliberal.* Ainda, para o autor, o neoliberalismo representa uma ameaça aos direitos do homem, pois reivindica e conduz a uma visão de direitos do homem típica do período histórico denominado de capitalismo neolítico. In.: BEDIN, Op. cit., 16. SILVA, define direitos sociais como *dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positiva estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto direitos que se connexionam com o direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.* In.: SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 253.

proteção contra a fome, o direito à alimentação, vestuário e moradia, entre outros¹⁸⁵.

Estes direitos são: ao trabalho; à remuneração justa, tanto para o homem quanto para a mulher; direito de formar e de associar-se a sindicatos; a um nível de vida adequado; à educação; estabelecer uma idade mínima para as crianças serem admitidas em um emprego, com o fim de evitar a exploração do trabalho infantil; à seguridade social; direito da família, das mães, das crianças e adolescentes à mais ampla proteção e assistência, e, por fim, à participação na vida cultural da comunidade.

Com pertinência à forma o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, é composto de um Preâmbulo e trinta e um artigos¹⁸⁶. Divide-se em cinco partes: a primeira, concernente à autodeterminação dos povos e à livre disposição de seus recursos naturais e riquezas; a segunda, diz respeito ao compromisso dos Estados de implementar os direitos nele previstos; a terceira, refere-se aos direitos propriamente ditos; a quarta, ao mecanismo de supervisão por meio de apresentação de relatórios; a quinta, estabelece as normas referentes à ratificação do Pacto e a entrada em vigor.

¹⁸⁵ MELLO, aponta alguns aspectos que dificultam a implementação desses direitos, dizendo que: *Há atualmente uma grande antinomia que tem sido assinalada por boa parte dos autores. É que os países em desenvolvimento sustentavam a falta de recursos para a realização dos direitos econômicos e sociais. A primeira vista parece coerente que um estado pobre não tenha meios para assegurar o direito à saúde, à seguridade social, à educação, etc. Entretanto, há aqui um verdadeiro sofisma ou paralogismo é que não haverá desenvolvimento sem que haja, por exemplo, o direito à educação assegurado a todos. Ora, o desenvolvimento só existe quando se assegura a educação e esta só é garantida se houver desenvolvimento. Este é um falso dilema, porque vemos países socialistas, que mesmo sem atingir o chamado desenvolvimento, como Cuba, assegurar o direito à educação a seus habitantes. No fundo, a questão não é de desenvolvimento, mas de distribuição de renda. (...) O segundo aspecto seria a globalização, segundo ele: Uma outra questão que nos parece ser da maior importância é a globalização. Empregamos esta palavra no sentido de integração da economia internacional realizada por empresas privadas e investidores privados. Ela surge com o neoliberalismo e patrocínio dos EUA no Governo Reagan e também da Grã-Bretanha. Os meios de comunicação tentam mostrar que ela é inevitável e que é absolutamente insano se lutar contra ela, cabendo ao homem simplesmente se submeter a esta praga de gafanhotos. A competitividade é o grande lema deste processo e em nome dela os direitos sociais foram os primeiros a serem sacrificados. Elogia-se pelo mundo o progresso de Singapura, Coreia do Sul, etc., mas propositadamente se esquece que ele ocorre à custa da população operária. A globalização aumentou a desigualdade no interior dos Estados e entre estes no plano internacional. Pobres e ricos se encontram cada vez mais distantes, em todos os sentidos. A denominada cláusula social não foi consagrada no tratado da Organização Mundial de Comércio sob pressão dos EUA, acompanhado de países como o Brasil. Assim, estão desaparecendo o direito ao trabalho, à seguridade social, a sindicatos fortes e atuantes, etc. (...) A conclusão que podemos apresentar é que os direitos econômicos e sociais fazem, infelizmente, apenas parte do discurso jurídico. Não há qualquer interesse em transformá-los em realidade.* In.: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Algumas notas sobre os direitos humanos econômicos e sociais*. p. 56 e 59.

¹⁸⁶ A respeito deste Pacto, LEAL, destaca que é interessante verificar que o terceiro parágrafo do preâmbulo deste texto se baseia na interpretação da Declaração Universal, formulada pela Assembleia Geral em 1950 e 1951, oportunidade em que se estabelece que o gozo das liberdades cívicas e políticas e dos direitos econômicos, sociais e culturais, estão vinculados entre si e se condicionam mutuamente. In.: LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p. 89.

O referido documento também prevê que os Estados-partes têm a obrigação de apresentar relatório ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, a respeito das medidas adotadas para a promoção desses direitos. Faz parte desse Conselho o Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que possui dezoito peritos, os quais examinam os relatórios nacionais em sessão pública.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais mostra-se de suma importância na questão dos direitos humanos¹⁸⁷, já que grande parte dos princípios nele previstos também estão contemplados na Constituição Federal de 1988. Esses princípios versam sobre a saúde, a educação, a cultura, entre outros âmbitos. Tal instrumento sistematiza a matéria, uma vez que agasalha todos os direitos sociais e permite, dessa forma, vislumbrar características comuns, e sua relação com os direitos humanos de outra espécie. WEIS ensina *que como resultado do mesmo esforço que gerou o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o tratado ora em estudo forma, com aquele, unidade indivisível, enfatizando o caráter interdependente e complementar dos direitos humanos*¹⁸⁸.

Embora vários autores diferenciam os direitos humanos em duas categorias, direitos civis e políticos e de direitos econômicos, sociais e culturais, inúmeros Estados, em suas Constituições, os colocam em dispositivos diferentes. No entendimento de MELLO, *consagram apenas os direitos civis e políticos, ou seus tribunais dão ênfase muito maior a estes*¹⁸⁹. O entendimento predominante é que os direitos econômicos e sociais também são tidos como direitos fundamentais.

¹⁸⁷ BICUDO, enfatiza que *se os chamados direitos civis e políticos asseguram bens da vida (liberdade, igualdade, propriedade) outros direitos, por igual relevantes na concepção globalizante dos direitos da pessoa, encontram-se enunciados no Pacto de San Salvador, adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos subscrito em 1988 e em vigor a partir de novembro de 1999, o qual impôs aos Estados-partes a obrigação de adotar medidas legislativas ou de outro tipo que sejam necessárias para efetivar os direitos sociais, econômicos e culturais essenciais ao desenvolvimento do ser humano. E, entre eles, o direito ao trabalho, com condições justas, equitativas e satisfatórias, os direitos sindicais, o direito à seguridade social, além do direito à educação e aos benefícios da cultura.* In.: BICUDO, Hélio. **Os direitos econômicos, sociais e culturais**. p. 1.

¹⁸⁸ WEIS, Carlos. Op. cit., p. 292.

¹⁸⁹ MELLO, Celso de Albuquerque. **Algumas notas sobre os direitos humanos econômicos e sociais**. p. 51.

No que pertine ao Direito Internacional, os direitos sociais estariam na posição da primeira geração dos direitos humanos, que a partir da criação da Organização Internacional do Trabalho, na parte XIII do Tratado da Paz de Versalhes, o qual objetiva contribuir para a paz mundial por meio da paz social. Na verdade, os dois Pactos têm importância idêntica, posto que ambos afirmam enfaticamente os princípios da indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos¹⁹⁰. Tais direitos e liberdades fundamentais são indivisíveis, não sendo possível a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas por unanimidade, na mesma data e através da mesma Resolução que adotou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ou seja, a Resolução nº 2 200 A (XXI), de 16 de dezembro de 1966, que entrou em vigor, na esfera internacional, em 03 de janeiro de 1976. O Brasil também aderiu sem reservas a esse Pacto, em 24 de janeiro de 1992. A promulgação realizou-se por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Verifica-se, no entanto, que efetivamente não foi aplicado o disposto no artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988, na sua ratificação.

3.3.2. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, vigente no plano internacional desde 23 de março de 1976, ocasião em que atingiu o número de adesões de trinta e cinco Estados, número mínimo para que entrasse em vigor, foi adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI), da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de

¹⁹⁰ Ressalta-se que o princípio da indivisibilidade é entendido no sentido de que os direitos humanos são indivisíveis, pois não se pode compartimentalizá-los, separá-los. E só há vida digna quando todos os direitos humanos são respeitados, independentemente de sua ordem; já o princípio da interdependência está presente a partir da concepção de que os direitos humanos são considerados em espécie, e que nenhum direito atinge a eficácia plena sem a realização ao mesmo tempo de alguns ou de todos os outros direitos humanos.

1966¹⁹¹. Entrou em vigor na ordem internacional em 23 de março de 1976, constituído de um preâmbulo e de cinquenta e três artigos¹⁹².

Esse tratado confere o caráter de obrigatoriedade legal internacional para os Estados-membros, aos direitos denominados de primeira geração¹⁹³. Estabelece, no seu artigo 2º, parágrafo 1º, que os Estados-partes têm o dever de respeitar e assegurar a todos os indivíduos, dentro do seu território e sujeitos a sua jurisdição, os direitos nele reconhecidos, sem discriminação de qualquer espécie. Outrossim, compete aos Estados-partes a adoção de medidas legislativas, a fim de efetivar os direitos estabelecidos nesse Pacto, bem como aplicar as sanções em caso de violações desses direitos.

Na parte inicial reafirma o direito dos povos à autodeterminação, e, por consequência, também na definição de seu estatuto político e de desenvolvimento econômico, social, cultural, e na forma de usufruir e de dispor de suas riquezas e recursos naturais.

Destacam-se, a seguir, os principais direitos e liberdades previstos no Pacto:

a) o direito à vida, vale dizer, direito elementar de todo ser humano e deve ser protegido pela lei, sendo que ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida, este

¹⁹¹ A respeito do momento histórico em que o Pacto dos Direitos Civis e Políticos foi aprovado, LEITE e MAXIMIANO destacam que *na época em que se iniciou, no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, a discussão para edição de um Pacto que reunisse todos os direitos da pessoa humana, idealizou-se dois modelos: um único que conjugasse as duas categorias de direito e outro que promovesse a separação de um lado, dos direitos civis e políticos e, de outro, dos direitos sociais, econômicos e culturais. A divergência que ocorria entre os países ocidentais e os países do bloco socialista era sobre a auto-aplicabilidade dos direitos que viessem a ser reconhecidos. Os países ocidentais, cuja orientação acabou prevalecendo, entendiam que os direitos civis e políticos eram 'programáticos', necessitando de uma implementação progressiva. A ONU continuou reafirmando, no entanto, a indivisibilidade e a unidade dos direitos humanos, pois os direitos civis e políticos só existiriam no plano nominal se não fossem os direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Assim, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos é adotado no auge da Guerra Fria, reconhecendo, entretanto, um conjunto de direitos mais abrangente que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos*. In.: LEITE, Antonio José Maffezoli, MAXIMIANO, Vitore André Zílio. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. p. 273. BEDIN, assinala que: *A primeira geração de direitos surgiu com as declarações de direitos de 1776 (Declaração de Virgínia) e de 1789 (Declaração da França) e pode ser denominada de direitos civis ou liberdades civis clássicas. Esta geração de direitos abrange os chamados direitos negativos, ou seja, os direitos estabelecidos contra o Estado. Daí, portanto, a afirmação de Norberto Bobbio de que entre eles estão 'todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado.'* (...) Assim, estes direitos estabelecem um marco divisório entre a esfera pública (Estado) e a esfera privada (sociedade civil). Esta distinção entre a esfera pública e a esfera privada- é bom ressaltar- é uma das características fundamentais da sociedade moderna, e é a partir dela que se estrutura o pensamento liberal e o pensamento democrático. In.: BEDIN, Gilmar. Op. cit., p. 43.

¹⁹² LEITE, Antonio José Maffezoli, MAXIMIANO, Vitore André Zílio. Op. cit., p. 273.

¹⁹³ Direitos de primeira geração são aqueles que historicamente foram reconhecidos mais cedo como direitos humanos, pelos filósofos do Iluminismo e nas declarações norte-americanas de 1776, e francesa de 1789.

direito está atrelado no nosso cotidiano, e qualquer tentativa de restringi-lo gera polêmica. Neste aspecto salienta-se que a Carta Magna de 1988 vedou a instituição da pena de morte no Brasil (artigo 5º, inciso XLVII), constituindo-se em cláusula pétrea, portanto, não poderá ser mudado este dispositivo constitucional, nem mesmo através de uma reforma constitucional; b) o direito de não ser submetido a tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; c) o direito de não ser escravizado, nem submetido à servidão; d) os direitos à liberdade e à segurança pessoal, à proteção pelo Estado contra toda a violência ou dano físico, praticados tanto por servidores públicos, por indivíduos, grupos ou instituições, e de não ser sujeito a prisão ou detenção arbitrárias. O artigo 9º, do Pacto, prevê que toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoal, e que ninguém será preso arbitrariamente.¹⁹⁴ e) o direito a julgamento justo; à igualdade perante a lei, direito à igualdade de tratamento perante os tribunais e demais órgãos de administração da justiça. O direito à igualdade¹⁹⁵ é referido no artigo 2º, do Pacto, pois os Estados-partes deverão garantir aos indivíduos que estão em seu território todos os direitos nele consagrados, em nenhuma hipótese se admitirá a discriminação em razão de raça, cor, sexo, língua, credo, ou de qualquer natureza. Neste aspecto, também destaca-se a questão da igualdade de direitos entre homens e mulheres, ou seja, a proibição de qualquer forma de discriminação em razão do gênero. f) o direito à proteção contra interferência arbitrária na vida privada; g) o direito à liberdade de movimento; h) o direito a uma nacionalidade; i) o direito de casar e de formar família; j) as liberdades de pensamento, consciência e religião; as liberdades de opinião e de expressão; o direito à

¹⁹⁴ Neste aspecto, ver artigo 5º, incisos LXI e LVII, da Constituição Federativa do Brasil. Ver também, LEITE e MAXIMIANO, que fazem a seguinte crítica: *No entanto, o que se observa da realidade brasileira é que às pessoas presas têm-se impostos muito mais deveres do que respeitados seus direitos, com constantes notícias veiculadas pela imprensa de violação às normas consagradas tanto constitucional como legalmente. O tratamento dedicado aos presos, efetivamente, tem afrontado a dignidade da pessoa humana, num claro descumprimento das normas consagradas no Pacto citado, bem como na própria Constituição brasileira.* In.: LEITE, Antonio José Maffezoli, MAXIMIANO, Vitore André Zilio. Op. cit., p. 280

¹⁹⁵ Os artigos 3º e 5º, da Constituição Federativa do Brasil, estabelecem os direitos também previstos no Pacto de Direitos Civis e Políticos: Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV- *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.* Art. 5º caput - *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)*

reunião pacífica; a liberdade de associação e o direito de aderir a sindicatos. Os artigos 18 e 19, do Pacto, dispõem acerca destes direitos. Esses direitos implicam na liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença¹⁹⁶; k) o direito de votar e de tomar parte no Governo, com base no sufrágio universal; l) proibição de prisão por não cumprimento de obrigação contratual. O artigo 11º, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, dispõe que ninguém será privado da liberdade por dívida ou por descumprimento de obrigação contratual, salvo a hipótese prevista no Pacto de San José quando a prisão acontecer em razão de débito de natureza alimentar¹⁹⁷.

Constata-se, que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos faz referência a novos direitos e garantias que não estavam contemplados na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ou seja, os direitos da criança, as medidas de proteção a esses direitos por parte da família, da sociedade e do Estado, tais como o direito ao registro de nascimento e direito à nacionalidade, o direito das minorias de preservarem sua identidade cultural, religiosa e lingüística¹⁹⁸.

Aliado a isso, o Pacto também aprofunda, modifica e amplia o conjunto de direitos do indivíduo consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, já que aos Estados-partes que o ratificaram possuem o dever de respeitar e garantir os direitos nele insertos, a todos os indivíduos que estejam em seu território e sujeitos a sua jurisdição. Também enuncia e regulamenta quase todos os direitos previstos nos artigos 3º a 23, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

¹⁹⁶ Ver artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federativa do Brasil.

¹⁹⁷ Ver os dispositivos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

¹⁹⁸ ALVES, faz referência às seguintes inovações previstas no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos: *Restringiu, por outro lado, o escopo das liberdades de religião e de expressão da Declaração Universal, ao contemplar limitações a sua manifestação, desde que previstas em lei, em defesa da segurança pública, da ordem, da saúde, da moral e dos direitos dos outros (Artigos 18, parágrafo 3º, e 19, parágrafo 3º, alíneas a e b). Admitiu ainda a possibilidade de derrogação nas obrigações dele decorrentes em caso de 'emergência pública que ameace a vida da nação', contanto que tal emergência seja proclamada oficialmente, as medidas adotadas não sejam inconsistentes com 'outras obrigações do Direito Internacional e não envolvam discriminação baseada apenas em termos de raça, cor, sexo, língua, religião e origem social' (Artigo 4º, parágrafo 1º). Não é permitida a derrogação dos Artigos 6º (direito à vida), 7º (proibição da tortura), 8º, parágrafos 1º e 2º (proibição da escravidão e da servidão), 11 (proibição de prisão por inadimplência contratual), 15 (isenção de culpa por ação praticada antes da determinação legal se sua criminalidade), 16 (direito ao reconhecimento de personalidade perante a lei) e 18 (liberdade de pensamento, consciência e religião).* In.: ALVES, José Augusto Lindgren Alves. **Os direitos humanos como tema global**. p. 52.

Quanto ao aspecto de implementação, execução e supervisão do Pacto de Direitos Civis e Políticos, o órgão responsável é o Comitê dos Direitos Humanos¹⁹⁹, formado por dezoito membros eleitos, constando como requisitos que tais membros, que são indicados pelos Estados-partes, possuam elevada reputação moral e experiência na área jurídica e na área de direitos humanos. É proibida a presença de mais de um representante da mesma nacionalidade. Os Estados-partes do Pacto ficam obrigados a encaminhar a esse Comitê relatórios²⁰⁰ acerca das medidas adotadas para dar efeitos aos direitos nele previstos²⁰¹. Tais relatórios são enviados ao Secretário-Geral das Nações Unidas, que os encaminha ao Comitê²⁰², responsável pela sua análise e de devolvê-los aos Estados-partes com os comentários gerais que entender cabíveis.

O Comitê dos Direitos Humanos tem competência para receber e fazer as devidas considerações sobre as comunicações de não-cumprimento do Pacto por um Estado a

¹⁹⁹ Sobre a função do Comitê de Direitos Humanos o autor acrescenta que este se reunirá normalmente na Sede das Nações Unidas ou no Escritório das Nações Unidas, em Genebra, cuja incumbência é resolver questões criadas em face do Estado que digam respeito aos direitos humanos. Os membros do Comitê e os membros das comissões especiais de conciliação terão direito a 'facilidades, privilégios e imunidades'. In.: CARVALHO, Júlio Marino de Carvalho. Op. cit., p. 59.

²⁰⁰ Sobre a função do Comitê e o prazo para encaminhamento dos relatórios, LEITE e MAXIMIANO informam que o Comitê analisará os relatórios apresentados pelos Estados-partes sobre as medidas adotadas para a implementação dos direitos previstos no Pacto e sobre as condições gerais dos direitos humanos no país. O primeiro relatório, segundo o disposto, deve ser entregue no prazo de um ano a contar da ratificação do Pacto e, posteriormente, de cinco em cinco anos. Como o Governo brasileiro ratificou o Pacto apenas em 1992, o primeiro relatório foi entregue, com pequeno atraso, em 1994, elaborado pelo Ministério das Relações Exteriores em cooperação com a Fundação Alexandre de Gusmão e o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, que realizou todo o trabalho de pesquisa que serviu de base para o relatório. Passados já quase cinco anos deste primeiro documento o Governo brasileiro prepara-se para a elaboração do segundo relatório. In.: LEITE, Antonio José Maffezoli, MAXIMIANO, Vitore André Zilio. Op. cit., p. 284.

²⁰¹ Quanto ao relatório encaminhado pelo governo brasileiro, ALVES, informa os seguintes dados: Em 1994 o governo brasileiro encaminhou o relatório previsto no Artigo 40 do Pacto, publicou-o, na forma de livro, e divulgou-o amplamente no início de 1995. O Relatório Inicial Brasileiro Relativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, de responsabilidade do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Justiça, foi redigido em cooperação com o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo. Sua apresentação e defesa oral, por representantes dos dois Ministérios responsáveis perante o Comitê de Direitos Humanos, ocorreu no início de julho de 1996. No final do mesmo mês, o Comitê encaminhou ao governo suas observações. Os comentários dos peritos louvam a franqueza e a abrangência das informações, reconhecem os esforços mais recentes do governo, saúdam a adesão do Brasil aos principais instrumentos internacionais e o Programa Nacional de Direitos Humanos lançado pelo Presidente da República em 13 de maio de 1996 (Decreto 1 904). Registram, por outro lado, as principais preocupações do Comitê com a situação dos direitos humanos no país, envolvendo particularmente problemas de execuções sumárias ou arbitrárias, más condições de presídios e ameaças a testemunhas de violações. No entender do Comitê, as disparidades de distribuição de renda constituíram fator fundamental dos fenômenos, descritos no relatório, incompatíveis com o pleno gozo da maioria dos direitos básicos protegidos pelo Pacto. In.: ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. p. 43-44.

²⁰² Acerca da competência do Comitê de Direitos Humanos, LEAL, acrescenta que: A atividade do Comitê de Direitos Humanos se baseia, fundamentalmente, no recolhimento de informes referentes às medidas adotadas pelos Estados-partes que dão cumprimento aos direitos reconhecidos no Pacto e aos progressos realizados no desfrute desses direitos. Tais funções se ampliam com as restabelecidas no Protocolo Facultativo de Direitos Humanos, que faculta ao Comitê receber e considerar comunicações de indivíduos que aleguem ser vítimas de violações de qualquer dos direitos enunciados no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. In.: LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p. 90.

respeito de outro, sendo necessária queixa expressa e que acate a competência do Comitê quanto às comunicações que digam respeito ao próprio Estado que apresentou a queixa. ALVES esclarece que *o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos é acompanhado de um Protocolo Facultativo, pelo qual os Estados que o ratifiquem reconhecem a competência do Comitê dos Direitos Humanos para receber e considerar queixas e comunicações individuais*²⁰³.

A competência do Comitê dos Direitos Humanos está adstrita à resolução de pendências e na interferência para sanar situações adversas aos direitos estabelecidos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Há temas que, a princípio, dizem respeito à competência interna de cada Estado e que podem ser objeto de acompanhamento internacional.

O Pacto também dispõe que as denúncias de descumprimento, por alguns dos Estados-partes, dos deveres nele previstos poderão ser feitas pelo Estado-parte denunciante, desde que tenha reconhecido a competência do Comitê. O procedimento previsto é que o Estado-denunciante comunique a violação ao Estado que a praticou. Este terá o prazo de três meses para responder a denúncia. Decorridos seis meses, sem solução da denúncia pelos Estados envolvidos, então será encaminhada ao Comitê. A principal função do Comitê é tentar a conciliação, por meio de uma Comissão de Conciliação, formada por cinco membros.

Os direitos civis, protegidos especialmente por este organismo, dizem respeito à vida, à incolumidade individual, à proibição da tortura. O direito do indivíduo de não ser submetido ao servilismo ou à escravidão, a usufruir a igualdade perante o direito, a liberdade e a segurança pessoal, a dispor de regime penitenciário condizente, a não ser que seja preso por inadimplência contratual; ao direito de escolher o local em que irá morar; à privacidade, tanto no lar, como nas comunicações e ao sigilo dos meios de comunicação.

²⁰³ ALVES, José Augusto Lindgren. Op. cit., p. 53.

Os direitos políticos são os relativos à participação político-eleitoral. O indivíduo tem o direito de votar ou de ser eleito, de acordo com as leis eleitorais de cada país²⁰⁴.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, segundo CARVALHO *reitera, explicita e inova direitos humanos com recomendações de conduta aos Estados-Participes*²⁰⁵. Exemplo disso configura-se quando tratar sobre o direito à vida, oportunidade em que estabelece que a pena de morte seja reservada aos mais graves delitos e esta pena não será executada sobre mulheres e mulheres grávidas. Também faz referência ao crime de genocídio, proíbe a propaganda de guerra, à disseminação do ódio nacional, racial e religioso.

Acrescenta-se que, além das normas gerais previstas neste Pacto, alguns Estados também têm redigido convenções particulares²⁰⁶, que regulamentam sistemas próprios de proteção dos direitos humanos com órgãos especiais para supervisionar e controlar estas funções, já que o sistema geral de proteção tem por meta garantir a proteção de toda e qualquer pessoa.

Através de mensagem presidencial, em 28 de novembro de 1985, o Presidente do Brasil, na época José Sarney, encaminhou ao Congresso Nacional proposta de adesão do Brasil aos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O Congresso Brasileiro aprovou os dois documentos, sem reservas, via Decreto Legislativo, nº 226, de 12 de dezembro de 1991, depositando a Carta de Adesão na Secretaria Geral da Organização das Nações Unidas, em 24 de janeiro de 1992, que entrou em vigor em

²⁰⁴ CARVALHO, Júlio Marino de. Op. cit., p. 58-59.

²⁰⁵ In.: CARVALHO, Júlio Marino de. Idem, p. 59.

²⁰⁶ BICUDO enfatiza que *se os chamados direitos civis e políticos asseguram bens da vida (liberdade, igualdade, propriedade) outros direitos, por igual relevantes na concepção globalizante dos direitos da pessoa, encontram-se enunciados no Pacto de San Salvador, adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos subscrito em 1988 e em vigor a partir de novembro de 1999, o qual impôs aos Estados-partes a obrigação de adotar medidas legislativas ou de outro tipo que sejam necessárias para efetivar os direitos sociais, econômicos e culturais*. In.: BICUDO, Hélio. Op. cit., p. 1.

24 de abril de 1992. Denota-se, mais uma vez, que infelizmente não foi adotada a previsão do artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição brasileira de 1988.

Conclui-se que o Pacto é um forte instrumento de implementação da proteção dos direitos humanos, muito embora estejam reconhecidos em outros tratados internacionais e pela própria Constituição Federal brasileira. Mesmo assim, suas determinações ainda precisam de efetiva garantia e concretização.

3.4. Convenções Internacionais

Embora, no âmbito internacional, as Nações Unidas já tivessem elaborado os instrumentos acima citados, com o objetivo de garantir aos indivíduos, a proteção a todos os direitos humanos, esta organização iniciou um processo paralelo de proteção direcionado a determinados grupos de indivíduos, que, em virtude de suas peculiaridades, exigiam normas específicas e mais detalhadas. As quatro grandes convenções, e sobre as quais serão abordados alguns aspectos considerados mais expressivos, dada às suas especificidades e importância que, juntamente com a Carta Internacional dos Direitos Humanos, formada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, fazem parte do pilar do sistema jurídico-normativo internacional dos direitos fundamentais do ser humano. Essas Convenções tratam do racismo e da discriminação racial, da não-discriminação de gênero e dos direitos da mulher, da tortura e outras práticas cruéis, desumanas ou degradantes, e dos direitos específicos da criança.

3.4.1. A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher

A mulher sempre sofreu discriminações de diferentes formas na sociedade. Em razão disso, ressalta-se a relevância da celebração de instrumentos internacionais que visem a acabar com os preconceitos em relação à mulher, como é o caso da Convenção para a

Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher,²⁰⁷ adotada pela Resolução 34/180, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979. Na votação não houve votos contrários, apenas onze abstenções e cento e trinta e um votos a favor. Entrou em vigor, internacionalmente, em setembro de 1981.

O objetivo central da Convenção é a sua implantação pelos Estados-partes de ações especiais, concretizando o processo de igualização de *status* entre mulheres e homens.

Para a construção desse instrumento internacional, muitas organizações internacionais contribuíram. Também acontecimentos marcantes em nível mundial, como a Proclamação de 1975, como o Ano Internacional da Mulher, e a realização da primeira Conferência Mundial Sobre a Mulher, na cidade do México, em junho de 1975. Este último evento elaborado pela Comissão Sobre a Situação da Mulher²⁰⁸.

No entanto, sabe-se, que historicamente a construção legal e conceitual dos direitos humanos ocorreu, inicialmente, com a exclusão da mulher, como referido por MELO e FARIA, quando constatarem, que *embora os principais documentos internacionais de direitos humanos e praticamente todas as Constituições da era moderna proclamem a igualdade de*

²⁰⁷ A respeito da luta das mulheres pelos seus direitos, na questão histórica dos mesmos, ALVES observa que: *Desenvolvida em paralelo à asserção histórica dos direitos humanos e personalizadas nas figuras emblemáticas de OLYMPE DE GOUGES e MARY WOLLSTONECRAFT, a longa luta das mulheres pela afirmação e a observância de seus direitos remonta ao século XVIII. Foi preciso, portanto, dois séculos de esforços desconsiderados e sofrimentos negligenciados, e muito particularmente o fardo e os horrores por elas enfrentados, sozinhas ou ao lado dos homens, na Segunda Guerra Mundial, para que um documento internacional relevante proclamasse, pela primeira vez, a não-discriminação dos sexos como fundamento da paz e do progresso. Ao fazê-lo, em 1945, a Carta das Nações Unidas dispôs-se, inclusive, a dar o exemplo dentro da própria casa, garantindo o direito de igualdade entre os gêneros na composição de todos os órgãos por ela contemplados. (...) Orientados por personalidades e organizações não-governamentais pioneiras, os redatores da Carta de São Francisco, tal como as precursoras feministas do século XVIII, não precisaram aguardar a realização da arqueologia do saber e as análises da microfísica do poder por MICHEL FOUCAULT para compreender que a linguagem reflete, oculta e pode perpetuar relações de dominação. Que o conceito iluminista do Homem, como sinônimo da espécie, não abrigava necessariamente o Outro, nem, muito menos, a Outra. Que a par das conquistas sociais propugnadas pelo Iluminismo e afirmadas historicamente pela Revolução Francesa, a mulher não se achava devidamente incluída de facto nem de jure nos avanços da cidadania. Em 1945, para a comprovação desses fatos bastava observar que dos cinquenta e um Estados signatários originais da Carta de São Francisco, apenas trinta reconheciam à mulher os direitos de voto e ao exercício da função pública.* In.: ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. p. 108-109.

²⁰⁸ Esta comissão foi criada através da Resolução 2 (II) do Conselho Econômico e Social (ECOSOC), em 21 de junho de 1946, conhecida internacionalmente pela sigla inglesa CSW (Commission on the Status of Women), com sede em Nova York e composta por quarenta e cinco Estados, representados por delegadas governamentais. É o principal órgão internacional de cunho universal com competência na matéria.

*todos, essa igualdade, infelizmente, continua sendo compreendida em seu aspecto formal e estamos ainda longe de alcançar igualdade real, substancial entre as mulheres*²⁰⁹.

Diante dessa constatação, verifica-se que o preconceito ainda persiste em nossa sociedade. Exemplo disso é que tal Convenção, entre as demais convenções das Organizações das Nações Unidas, foi a que mais recebeu reservas por parte dos países que a ratificaram. O número não foi maior em razão da participação das organizações não-governamentais que pressionaram para que houvesse o reconhecimento dos direitos da mulher como direitos humanos, direito este que ficou consignado na Declaração e Programa de Ação de Viena²¹⁰.

Todavia, não se menospreza a importância desta Convenção para a efetivação dos direitos da mulher. Tanto é que ela tem como pilar uma dupla obrigação de eliminar e erradicar a discriminação e a de assegurar e garantir a igualdade das mulheres, estando, mais uma vez, presente o princípio da igualdade, seja como uma obrigação vinculante, seja como um objetivo.

A Convenção compõe-se de um preâmbulo e trinta artigos, separados em seis partes: a I Parte (artigos 1º a 6º), contém disposições gerais; a II Parte (Artigos 7º a 9º), diz respeito aos direitos políticos; a III Parte (Artigos 10 a 14), trata dos direitos econômicos e sociais; a IV Parte (Artigos 15 e 16), aborda os direitos civis, com disposições sobre a família; a V Parte (Artigos 17 a 22), trata da implementação da Convenção; a VI Parte (Artigos 23 a

²⁰⁹ FARIA, Helena Omena Lopes de, MELO, Mônica de. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e Convenção para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**. p. 373. Nesta direção também é o pensamento de SANTOS, ao referir-se à discriminação da mulher *em muitos países, não apenas deixam de existir leis que assegurem à mulher uma condição de igualdade (formal) perante a lei, mas, inclusive, a mantêm numa condição de inferioridade legal, perante o homem, em questões que se relacionam com o exercício do pátrio poder, no campo da competência legal para desempenhar determinadas funções e atividades, principalmente de natureza econômica. Por outro lado, a discriminação – explícita ou encoberta – por motivo de sexo, no mercado formal de trabalho, no acesso a posições de chefia e direção, quando não está expressamente penalizada através da lei, se constitui também um grave fator que atenta contra os direitos de cidadania das mulheres. A partir da década de 1970, o avanço do movimento feminista contribui, em muitos países, para chamar atenção para a necessidade de penalizar os contínuos atentados contra a integridade física da mulher, contra o seu direito de receber igual salário por igual trabalho, a ter acesso a posições de chefia e direção, a maior participação no processo de decisão política. Ficou evidente que a inexistência de proteção legal, ou seja, de leis capazes de assegurar o exercício de tais direitos – além de muitos outros – representa fator de risco para a mulher, uma vez que a deixava desprotegida*. In.: SANTOS, Yasmin Ximenes dos. **Os direitos femininos e a lei**. p. 111.

²¹⁰ Na Declaração e Programa de Ação de Viena, no item 18, consta, que *os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais*.

30), contêm disposições regulamentares sobre a própria Convenção.

De acordo com o artigo 1º, da Convenção, caracteriza-se juridicamente como discriminação da mulher, *toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objetivo ou resultado, prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo*²¹¹. Também, há a preocupação de que os direitos reprodutivos das mulheres sejam controlados por elas próprias, e da eliminação de qualquer forma de violência, como o estupro, o assédio e a exploração sexual.

Os Estados-partes dessa Convenção ficam obrigados a garantir à mulher:

a) O direito ao voto; b) Os direitos de ser elegível para órgãos públicos preenchidos por votação e de exercer funções públicas em todos os níveis; c) O direito de participar da formulação de políticas governamentais e de organizações não-governamentais voltadas para a vida pública e política; d) A igualdade perante a lei; e) Direitos iguais no que se refere à nacionalidade; f) O direito ao trabalho e a oportunidade de emprego iguais às dos homens, incluindo a remuneração idêntica por igual trabalho; g) Acesso igualitário aos serviços de saúde pública, incluindo os de planejamento familiar; h) Direitos iguais a benefícios financeiros e serviços; i) Direitos e responsabilidades iguais no casamento e com relação aos filhos; j) Proteção contra o casamento infantil.

Portanto, cabe aos Estados-partes que ratificaram a Convenção o compromisso de, paulatinamente, eliminar toda e qualquer forma de discriminação no que se refere ao gênero, assegurando efetiva igualdade entre eles. A Convenção também reconhece que as

²¹¹ Segundo ALVES, a premissa básica da Convenção é de que a mulher deve ter a mesma liberdade que o homem para fazer escolhas, tanto na esfera política e na vida social, quanto no casamento, no lar e na vida familiar. O que torna a Convenção *sui generis* pela ótica dos direitos humanos é que, pela primeira vez, os Estados se obrigam a tomar medidas para a eliminação dessa discriminação não somente no espaço público, mas também na esfera privada. In.: ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. p. 114.

habilidades e necessidades decorrentes de diferenças biológicas entre homem e mulher devem ser reconhecidas e ajustadas, mas sem tirar a titularidade das mulheres à igualdade de direitos e oportunidades²¹².

Importante destacar, que o objetivo central da Convenção é de que os Estados-partes também adotem medidas concretas para eliminação de preconceitos com base na concepção de inferioridade de um sexo. Iguais garantias se estendem às mulheres que vivem no campo. Os Estados responsabilizam-se pela implementação de medidas concretas, visando coibir a prostituição e ao tráfico de mulheres.

É responsável pelo recebimento dos relatórios dos Estados-membros e pelo controle o Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher, formado por vinte e três membros. Este Comitê fica incumbido de examinar os relatórios recebidos dos Estados sobre as medidas adotadas para implementar a Convenção. Os Estados-partes devem encaminhar relatórios ao Comitê das Nações Unidas demonstrando ações efetuadas para a eliminação de formas de discriminação contra a mulher²¹³.

Nos respectivos relatórios devem constar a maneira como os Estados-partes estão implementando a Convenção, as medidas adotadas, de caráter legislativo, administrativo ou judiciário. Embora o Comitê não tenha competência para sancionar um Estado-parte responsável por violação à Convenção, pode apontar medidas adequadas para o cumprimento

²¹² FARIA e MELO destacam que *para tanto, a Convenção prevê a possibilidade de adoção de medidas afirmativas ('ações afirmativas'), como importante medidas a serem adotadas pelos Estados para acelerar o processo de obtenção da igualdade. Permite-se a 'discriminação positiva', pela qual os Estados podem adotar medidas especiais temporárias, visando acelerar o processo de igualização de status entre homens e mulheres. Tais medidas cessarão quando alcançado o seu objetivo. São medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, consequência de um passado discriminatório, buscando a pluralidade e diversidade social.* In.: FARIA, Helena Omena Lopes de, MELO, Mônica de. Op. cit., p. 381.

²¹³ No que se refere à discriminação contra a mulher, ALVES, faz referência à dificuldade de ratificações dessa Convenção por parte dos Estados, explicando que *principal instrumento internacional para a proteção dos direitos de metade da humanidade, a Convenção sobre os Direitos da Mulher conta, até hoje, com menor número de ratificações – 118 em 31 de janeiro de 1993 – do que a Convenção contra a Discriminação Racial (133) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (128). E de todos os instrumentos jurídicos adotados pelas Nações Unidas é aquele a que os signatários impuseram maior número de reservas. A razão é fácil de entender, e difícil de aceitar: a Convenção contraria não somente legislações nacionais discriminatórias – às vezes por mero anacronismo superável sem maiores problemas, como no caso brasileiro –, mas também crenças e costumes arraigados, respaldados, não raro, em tradições ancestrais nefastas ou doutrinas religiosas.* In.: ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global.* p. 57.

da Convenção. Além disso, divulgar por meio da mídia, o não cumprimento das obrigações firmadas, porque muitas vezes, causa impacto maior, fazendo com que os governos implementem as previsões da Convenção.

Cumprе ressaltar que este Comitê possui limitações institucionais quanto aos demais órgãos de monitoramento das convenções de direitos humanos, não possui competência e não tem autorização para acolher comunicações individuais ou denúncias interestatais, como previsto no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos. Isso torna evidente as dificuldades enfrentadas pelas mulheres na luta e na conquista de seus direitos.

O Brasil assinou a Convenção sobre os Direitos da Mulher, em Nova York, em 18 de dezembro de 1979. A aprovação pelo Congresso Nacional efetuou-se pelo Decreto Legislativo 93, de 14 de novembro de 1983, ratificada em 1º de fevereiro de 1984. A promulgação ocorreu pelo Decreto nº 89406, de 30 de março de 1984.

O ato de ratificação dessa Convenção enfrentou dificuldades, entre elas, o fato surpreendente, para alguns dos parlamentares, deu-se em razão de suas reservas aos artigos relacionados à igualdade legal de homens e de mulheres na liberdade de movimento e na escolha de domicílio; quanto à igualdade de direitos e deveres no casamento e sua dissolução, sob o argumento que tais dispositivos estavam em desacordo com ditames legais do Código Civil brasileiro. Tal crítica foi afastada com a promulgação da Carta Magna de 1988, que outorgou direitos iguais ao homem e à mulher. Tais reservas eram consideradas inconstitucionais, razão pela qual, no ano de 1993, foi enviada ao Congresso Nacional mensagem propondo a retirada destas reservas. A retirada foi autorizada em 20 de dezembro de 1994. Os artigos 15 e 16, mantiveram apenas a reserva declaratória relativa à solução de possíveis controvérsias interestatais quanto à aplicação da Convenção por meio de arbitragem ou pela submissão automática da disputa à Corte Internacional de Justiça.

Um passo importante do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro, sem dúvida, foi a ratificação, em 1º de 1984, da Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Ela abrange tanto os direitos civis e políticos, como os direitos econômicos, sociais e culturais.

Ratifica, sob o ponto de vista das necessidades peculiares da mulher, a noção da interdependência e indivisibilidade de todos os direitos.

Do exposto, extrai-se a importância desse instrumento para dar efetividade aos direitos das mulheres, uma vez que a discriminação do sexo feminino ainda é gritante no nosso país. Considera-se essencial a busca e concretização do direito à igualdade entre homens e mulheres²¹⁴.

3.4.2. A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos e Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes

A Convenção contra a Tortura²¹⁵ e outros Tratamentos e Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi adotada pela Organização das Nações Unidas, a partir de 10 de dezembro de 1984, pela Resolução n. 39/46. No campo internacional entrou em vigor no ano de 1987.

²¹⁴ Sobre a importância do tema, ALMEIDA, acrescenta que: *Na Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em junho de 1993 na capital da Áustria, o assunto mereceu grande atenção e foi abordado na Declaração e Programa de Ação de Viena. Nos considerandos, reafirma-se a fé na igualdade de direitos de homens e mulheres. (...) Inicialmente, a Conferência pede encarecidamente que se conceda à mulher o pleno desfrute em condições de igualdade de todos os direitos humanos e que isso seja uma prioridade para os governos e para as Nações Unidas. O documento cita os órgãos e mecanismos que lutam pelos direitos da mulher e contra as discriminações contra elas, tais como a Comissão sobre a Condição Jurídica e Social da Mulher, o Comitê para Eliminação da Discriminação contra a Mulher, o Fundo das Nações Unidas de Desenvolvimento para a Mulher e a Divisão para o Progresso da Mulher. Depois, em 1995, na capital da República Popular da China, Beijing (Pequim), realizou-se a Conferência Mundial sobre a Mulher, que aprovou novos e importantes documentos em favor dos direitos da mulher.* In.: ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Op. cit., p. 117.

²¹⁵ O art. 1º dessa Convenção define o termo tortura como *qualquer ato pelo qual dores e sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são inflingidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são inflingidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequências unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. O presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.* Para SILVA, a tortura pode ser considerada como *um conjunto de procedimentos destinados a forçar, com todos os tipos de coerção física e moral, a vontade de um imputado ou de outro sujeito, para admitir, mediante confissão ou depoimento, assim extorquidos, a verdade da acusação.* In.: SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 181.

Este tratado internacional foi criado a partir *da necessidade de proteção ao cumprimento das leis, por um lado, e por outro, o respeito à dignidade humana, que não se coaduna com práticas vexatórias à cidadania e penas que ultrapassem o limite do tolerável e justo dentro de um sistema de leis que tenham sido elaboradas em um estado de direito democrático*²¹⁶. Entre todos os tipos de violação aos direitos humanos, a tortura é um dos atos que mais encontra contrariedade na sociedade contemporânea²¹⁷.

A Convenção compõe-se de três partes. A primeira diz respeito aos sujeitos ativos e passivos da tortura, sua definição e as medidas que deverão ser adotadas pelos Estados que dela fizerem parte. A segunda trata da criação, formação e atribuições do Comitê contra a tortura. A terceira, refere-se à forma de adesão dos Estados-partes à Convenção.

O principal ponto da Convenção está em sua primeira parte. Ela sedimenta a compreensão, em nível internacional, de que a tortura ocorrida no Estado, praticada por seus funcionários civis ou militares, deve ser combatida pelas leis internas de forma efetiva.

Dessa forma, o Estado que aderir a Convenção fica com a incumbência de adotar as medidas necessárias para coibir a prática da tortura. Em nenhum caso poderão ser invocadas circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra questão urgentes, que justifique a utilização da tortura²¹⁸.

²¹⁶ CIRENZA, Cristina de Freitas, NUNES, Clayton Alfredo. **Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes e Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura**. p. 407.

²¹⁷ Sobre a tortura preleciona: *Vem de CESARE BECCARIA, portanto do século XVIII, a argumentação definitiva sobre a irracionalidade da tortura, como pena ou como meio de investigação. Para tanto, não recorreu BECCARIA apenas ao aspecto desumano da prática. Demonstrou sua ineficácia para a obtenção da verdade com base no diferencial de resistência à dor – física ou psicológica – de cada pessoa. (...) Abolida dos códigos penais europeus no final do século XVIII e início do XIX, a tortura passou a ser, desde então, o que efetivamente é: uma prática infamante e injustificável, realizada às escondidas. A par de bravatas grosseiras de celebridades e de instruções escritas de forma alusiva por determinados comandantes aos respectivos serviços secretos (...) In.: ALVES, José Augusto Lindgren. A arquitetura internacional dos direitos humanos. Op. cit., p. 135.*

²¹⁸ Em seu artigo LEAL, explica que o texto da Convenção procura atingir os dois tipos de tortura mais usuais, ou seja, a policialesca e a inquisitorial. A primeira é caracterizada por práticas diversas, tais como choques elétricos, afogamentos, paus-de-arara, celas escuras, e outros modos utilizados como meio de investigação policial. A segunda forma é a institucional, aquela praticada por razões político-ideológicas, utilizada como instrumento da investigação a serviço do aparelho estatal totalitário, sendo suas vítimas, na maioria das vezes, líderes sindicais, políticos, estudantes, intelectuais e religiosos progressistas. In.: LEAL, João José. **A Convenção da ONU sobre a Tortura**. p. 61-63.

Salienta-se que a Convenção prevê a proteção ao indivíduo que, extraditado ou expulso de uma nação, possa vir a ser submetido à tortura. Outro aspecto importante é que todo Estado, que aderir à Convenção, deverá adotar o princípio de que todo aquele que praticar tortura estará sujeito à extradição, mesmo que não haja tratado entre as nações envolvidas, sendo a própria Convenção a base legal. Também, inclui a relevância de que constem, em cursos de formação, disciplinas e ou informações acerca da proibição da tortura no treinamento de pessoal civil ou militar que participam da guarda, interrogatório ou tratamento de pessoa submetida à prisão. O direito à reabilitação, indenização justa à vítima ou de seus familiares, que sofreram tortura e a desconsideração total de qualquer prova obtida mediante tortura.

Os Estados-partes estão obrigados, por essa Convenção, a:

a) assegurar a proibição total da tortura²¹⁹ e a punição de tal ofensa; b) proibir a extradição de pessoas para Estados onde corram risco substancial de ser torturadas; c) cooperar com outros Estados para a prisão, detenção e extradição de possíveis torturadores; d) educar os encarregados da manutenção da ordem a propósito da proibição da tortura; e) rever, sistematicamente, os procedimentos e métodos de interrogatório de pessoas detidas; f)

²¹⁹ CIRENZA e NUNES, apontam os seguintes dados históricos sobre a tortura, bem como o panorama mundial em termos de legislação: *Desde a Idade Média tem-se notícia da utilização da tortura como forma de obter-se a confissão do acusado: de 1200 a 1800 d. C., nos Tribunais Eclesiásticos, era tida como a 'rainha das provas' e meio processual de apuração da verdade. Para os delitos ocultos, mais difíceis de comprovação, utilizava-se a tortura para obter-se a confissão que era ratificada na presença do escrivão após. (...) No panorama da legislação mundial, aparece a previsão de proteção aos direitos humanos, e especificamente condenando-se as penas 'cruéis ou aberrantes', na Declaração dos Direitos do Homem da Virginia, EUA, em 1776. Onze anos depois, na 1ª Constituição do País, o artigo 7º prevê a proibição de aplicação de penas cruéis. No mesmo período na França, surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que dispõe que 'o rigor no tratamento das penas deve ser seriamente reprimido', reproduzindo-se a mesma idéia na Constituição Francesa de 1791. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é sem sombra de dúvida o texto mais importante de banimento da prática da tortura: a partir de 1948 gerou-se uma série de pactos e convenções e reconheceu-se a tortura como delito previsto no direito internacional positivo, impondo-se aos Estados a obrigação de reprimi-la, e também impingir sanções aos violadores da norma. São exemplos: A Convenção Européia de Direitos Humanos (4.11.1950); O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (12.1966), A Convenção Americana de Direitos Humanos (11.1969 – Pacto San José da Costa Rica); a Convenção da ONU (1984) e a Convenção da OEA (1985). No Brasil, a Carta Constitucional do Império referia-se ao princípio da legalidade das prisões (arts. 179}, 8º, 9º e 10º) e à abolição dos 'açoites, torturas, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis'. Muito embora tenha sido aprovada em 10.12.84, a Convenção da ONU só entrou em vigor em 26.07.87, sendo que o Brasil a firmou em 23.09.85, ratificando-a somente em 1989. In.: CIRENZA, Cristina de Freitas, NUNES, Clayton Alfredo. Op. cit., p. 411-412. Na atual Constituição brasileira o artigo 5º, III e XLIII, que tratam da tortura, foram incluídos com base no disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos.*

investigar imediatamente as alegações de tortura; g) compensar as vítimas de tortura²²⁰.

Frisa-se a relevância desse documento, pois foi um dos que mais recebeu sugestões de organizações não-governamentais para a sua elaboração, influência demonstrada através das campanhas de conscientização internacional sobre o problema gravíssimo, que é a prática da tortura em alguns países.

Papel importante nesse tópico é desenvolvido pelo movimento da Anistia Internacional. Essa organização não-governamental empenha-se para que a tortura não seja mais praticada no mundo. Elenca os principais artigos da Convenção como extremamente relevantes para que o trabalho tenha êxito, quais sejam: a jurisdição compulsória e universal contra suspeitos torturadores; a obrigação de não repatriar refugiados ou outras pessoas para países onde corram risco de serem torturados; a exclusão da obediência a ordens superiores como defesa ante uma acusação de tortura, a obrigação dos Estados-partes de investigar informações fidedignas de torturas ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; e garantir compensação às vítimas; a inaceitabilidade de declarações resultantes de tortura para fins de prova; e a inderrogabilidade da proibição de tortura em qualquer circunstância.

O aspecto inovador, em face das demais Convenções, está centrado no órgão de implementação e controle desta Convenção, de responsabilidade do Comitê contra a Tortura, formalizado em 1984. Composto por dez peritos, que são incumbidos de examinarem os relatórios enviados pelos Estados-partes e de investigarem, no local, com a autorização do Estado-parte nominado, as denúncias de tortura.

A Carta Magna brasileira, no artigo 5º, III, estabelece que *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*. O crime de tortura foi

²²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direitos constitucional internacional**. Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, p. 375-388.

tipificado pela Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997²²¹. Caracteriza-se como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

Os princípios desta Convenção somente foram incorporados pelo Brasil através do Decreto n. 40, de 15 de dezembro de 1991. A ratificação da Convenção contra a Tortura ocorreu em 1989.

Percebe-se, em síntese, que a Convenção serve de parâmetro de ação para os Estados, bem como de estratégia de atuação às organizações não-governamentais, pois no momento em que os Estados aderem a ela são compelidos a responder com mais seriedade quando houver violência e prática da tortura. Há que se considerar, ainda, o papel importante da mídia. Sem sombra de dúvida, uma publicidade em nível mundial causa maior desconforto político e moral ao Estado violador e terá que apresentar respostas e tomar medidas para que as práticas da tortura sejam abolidas. Os sistemas internacionais de direitos humanos contêm regras específicas que visam a combater a prática da tortura, embora a tortura ainda se faça presente em alguns Estados. Ademais, não se pode desconsiderar o papel de destaque desta Convenção, porque o respeito à integridade física e psíquica do ser humano é fundamental em uma sociedade.

²²¹ A Lei n. 9.455/97, no seu artigo 1º, define o crime de tortura como: *Constitui crime de tortura: I- constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) provocar ação ou omissão da natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa- II- submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.* No que se refere à expressão “intenso sofrimento físico e mental” ÂNGELO, observa que o legislador criou o que se denomina no campo do direito penal, tipo aberto. Cria-se um hiato na lei, deixando aos operadores do direito delimitar ou conceituar a expressão. In.: ÂNGELO, Milton. **Direitos Humanos**. p. 47.

3.4.3. A Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança²²², adotada pela Resolução nº L. 44 (XLIV), da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, consagra o princípio da dignidade inerente a todo ser humano e de seus direitos inalienáveis de igualdade e de liberdade²²³. Os Estados-partes que firmaram essa Convenção são responsáveis pela proteção integral da criança, assegurando-lhes assistência adequada.

Segundo a Convenção, considera-se criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade²²⁴. Esse instrumento firmou a noção de proteção integral à criança, e também lhe reconhece, de forma incontestável, direitos individuais de natureza civil, política, econômica, social e cultural e questões peculiares em que a criança merece tratamento

²²² MARCÍLIO, faz uma retrospectiva histórica acerca dos direitos da criança, fazendo as seguintes referências: *A origem e o desenvolvimento do processo de criação dos Direitos da Criança integram o movimento de emancipação progressiva do homem e em seguida da mulher. A doutrina que embasa esse longo e dinâmico processo surge nos séculos XVII e XVIII, com a formulação dos Direitos Naturais do Homem e do Cidadão. Ela foi evoluindo mediante a incorporação de novos direitos, antes não considerados, originando-se as chamadas gerações de Direitos Humanos, que têm a ver com a evolução das sociedades humanas. Houve, assim, uma primeira geração denominada 'direitos da liberdade' ou 'direitos civis e políticos' ou 'direitos individuais', que nasceram no contexto histórico da opressão das monarquias absolutistas da Europa e da emancipação das 13 colônias inglesas da América do Norte. Uma segunda geração de direitos é determinada pela Revolução Industrial e a urbanização do século XIX na Europa, em um meio de opressão e exploração das classes operárias ou nas áreas que relutavam em manter o ignóbil sistema de escravidão. São os chamados 'direitos da igualdade', hoje ampliados consideravelmente e conhecidos como 'direitos econômicos, sociais e culturais'. No presente século, ante novas realidades de opressão, surgem os direitos de terceira geração, ou seja, os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e, recentemente, os direitos dos consumidores. Já se fala em uma quarta geração de Direitos Humanos para este final de milênio: o 'direito à democracia', condição essencial para a concretização dos Direitos Humanos. 'Mais do que um sistema de governo, uma modalidade de Estado, um regime político e uma forma de vida, a democracia, nesse final de século, tende a se tornar, ou já se tornou, o mais recente direito dos povos e dos cidadãos. É um direito de qualidade distinta, de quarta geração.* In.: MARCÍLIO, Maria Luíza. **A lenta construção dos direitos da criança brasileira – Século XX.** p. 1.

²²³ ALBERNAZ JUNIOR e FERREIRA, explicam que a Convenção dos Direitos da Criança foi realizada com base no conteúdo da Declaração sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959. Esta Convenção visa a garantir a proteção e cuidados especiais à criança, incluindo proteção jurídica apropriada, antes e após o nascimento, em razão de sua condição de hipossuficiente, em decorrência de sua imaturidade física e mental, e considerando ainda que em todos os países do mundo existem crianças vivendo em condições extremamente adversas e necessitando de proteção especial. In.: ALBERNAZ JUNIOR, Victor Hugo, FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** p. 447. Sobre a questão terminológica dessa Convenção e a atualidade da mesma ALVES, informa que: (...) *foi observado que a Convenção Sobre os Direitos da Criança é a única que evita, na língua original em que foi negociada – o inglês –, a utilização do masculino para abranger os dois gêneros. Esse necessário equilíbrio de linguagem não representa o único aspecto inovador da mais recente das convenções de direitos humanos vigentes no sistema internacional. A Convenção Sobre os Direitos da Criança é atual sobretudo em termos de enfoque. Ela supera as divergências doutrinárias sobre as 'gerações' de direitos, afirmando o conceito do desenvolvimento integral da criança. Reconhece, pela primeira vez, a criança como sujeito de direitos, cujas opiniões devem ser ouvidas e respeitadas em todas as instâncias pertinentes.* In.: ALVES, José Augusto Lindgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos.** Op. cit., p. 161.

²²⁴ Ressalta-se que no Direito brasileiro a maioridade civil é alcançada aos 21 anos de idade, e a maioridade penal é 18 anos. Já o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece as seguintes etapas: criança, a pessoa de até 12 anos de idade incompletos e adolescentes com a idade entre 12 e 18 anos.

especial. Além disso, a Convenção é o primeiro instrumento internacional de fato e de direito, que concretamente eleva a criança à condição de sujeito de direito, enunciando e regulamentando um extenso rol de direitos, instituindo, inclusive, mecanismos de supervisão de sua implementação.

A principal meta prevista na Convenção dos Direitos da Criança é incentivar os Estados-membros a implementarem o desenvolvimento pleno e harmônico da personalidade de suas crianças, favorecendo o seu crescimento em ambiente familiar condizente, preparando-as para viverem uma vida individual em sociedade.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 é formada por cinquenta e quatro artigos, a mais extensa de todas as convenções, separadas em três partes e precedida de um Preâmbulo.

A primeira parte da Convenção, artigos 1º a 41, define e regulamenta os direitos da criança. A segunda parte, artigos 42 a 45, prevê o órgão e a forma de monitoramento de sua implementação. A terceira parte, artigos 46 a 54, traz as disposições regulamentares do próprio instrumento. No Preâmbulo da Convenção, formado por treze pontos fundamentais e de referencias, destaca-se a importância da cooperação internacional para melhorar as condições de vida das crianças em todos os países, com maior ênfase nos países subdesenvolvidos, onde se concentra o maior número de crianças social e economicamente à margem da sociedade. Esta presente, ainda, a afirmação de que toda criança deve crescer no seio da família, em um ambiente saudável, bem como ser preparada para uma vida independente na sociedade.

Outro aspecto fundamental dessa Convenção é o destaque dado à unidade familiar como sustentáculo para o crescimento social, afetivo, harmônico e saudável da criança. É responsabilidade dos pais ou de outro responsável proporcionar os meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança. Compete ao

Estado-parte adotar medidas apropriadas, a fim de ajudar os pais a tornar concreto este direito.

Os principais direitos previstos na Convenção, podem ser assim evidenciados²²⁵:

a) o direito à vida e à proteção contra a pena capital; b) o direito de ter uma nacionalidade, decorrente do direito do ser humano de ter assegurada sua identidade, previsto no artigo 7º, ou seja, direito da criança ter seu registro civil imediatamente após o seu nascimento; c) a proteção ante a separação dos pais; d) o direito de deixar qualquer país e de ingressar em seu próprio país; e) o direito de ingressar e sair de qualquer Estado-parte para fins de reunificação familiar; f) a proteção para não ser levada ilicitamente ao exterior. No artigo 11, da Convenção, está previsto que os Estados-partes tomarão medidas para impedir o tráfico de crianças para outros países, para tanto deverão firmar acordos internacionais com esta finalidade. Também o artigo 35, estabelece a proibição do seqüestro, a venda ou tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma; g) a proteção de seus interesses em caso de adoção; h) a liberdade de pensamento, consciência e religião; i) o direito ao acesso a serviços de saúde, devendo os Estados reduzir a mortalidade infantil e abolir práticas tradicionais prejudiciais à saúde; j) o direito a um nível adequado de vida e a segurança social; k) o direito à educação, sendo obrigação do Estado dar educação primária compulsória e gratuita; O artigo 28, da Convenção, prevê o direito à educação da criança, fixando como meta obrigatória dos Estados-partes tornarem o ensino primário obrigatório e gratuito para

²²⁵ Quanto à previsão do direito à nacionalidade, ALBERNAZ JUNIOR e FERREIRA, acrescentam que: *Os Estados-partes, ao aderirem à Convenção, comprometem-se a respeitar a identidade, a nacionalidade e as relações familiares de suas crianças, fornecendo-lhes assistência e proteção apropriadas de modo que sua identidade seja prontamente restabelecida face a qualquer privação ilegal desta. Deverão, ainda, zelar para que a criança não seja separada da família, salvo nos casos de interesse maior do infante e de acordo com a legislação vigente de cada país e respeitando o procedimento judicial específico, tais como a suspensão ou perda do pátrio poder (arts. 392 a 395, do Código Civil Brasileiro, e 155 à 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e os procedimentos de colocação do menor em lar substituto (guarda, tutela e adoção), ou ainda, no caso de separação judicial dos pais, onde será determinado pelo juízo competente qual dos genitores ficará com a guarda da criança. Contudo, os Estados-partes respeitarão o direito da criança que esteja separada dos pais a manter relações pessoais e contato direto com ambos (direito de visita), a menos que isso seja contrário ao interesse da criança (arts. 8º e 9º da Convenção).* In.: ALBERNAZ JUNIOR, Victor Hugo, FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. Op. cit., p. 451.

todos, para isso, devem implantar medidas necessárias para garantir que o ensino seja ofertado de forma adequada com a dignidade humana da criança e de acordo com a Convenção. Tal direito é marco essencial para a eliminação da ignorância e do analfabetismo, possibilitando o acesso aos conhecimentos técnicos e científicos, sempre em benefício da formação da criança, sendo incumbência não só do Estado mas também dos pais proporcionar as condições de acesso da criança à educação; l) a proteção contra a exploração econômica, com idade mínima para admissão em emprego;²²⁶ O artigo 32, da Convenção, estabelece, que aos Estados-partes compete garantir a proteção contra a exploração econômica e contra a prática de qualquer trabalho perigoso, que possa causar prejuízo na educação da criança, ou sua saúde, ou seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social, e adotar medidas nesse sentido, como a previsão de idade mínima para admissão em emprego e normas apropriadas relativas a horários e condições de trabalho;²²⁷ m) a proteção contra o envolvimento na produção, tráfico e uso de drogas e substâncias psicotrópicas, é incumbência dos Estados-partes adotarem medidas adequadas para a proteção da criança contra o uso ilícito de drogas e o tráfico dessas substâncias, conforme prevê o artigo 33, da Convenção. Neste aspecto, no que se refere ao Brasil cabe ressaltar que no cenário mundial está entre um dos maiores consumidores de entorpecentes, sendo clientela alvo as crianças e os adolescentes. Sabe-se que a matéria é complexa, mas perpassa em primeiro lugar por uma questão de proporcionar acesso à educação, saúde e moradia, como principais pontos no combate do uso e tráfico de drogas por

²²⁶ ARRUDA, aponta os seguintes dados sobre o trabalho de crianças: *Ao contrário do que superficialmente podemos imaginar, o número de crianças trabalhadoras é alarmante. Há estimativas que indicam um número entre 100 a 200 milhões de crianças no mercado de trabalho mundial. Alguns dados oficiais são estonteantes: na Colômbia, por exemplo, o Governo estimava o trabalho de 3 milhões de crianças em 1979, e o Censo de 1971, na Índia, revelou que havia 10,7 milhões de trabalhadores com menos de 15 anos de idade, totalizando 5,9 por cento da mão-de-obra total. No Brasil, pesquisas atribuídas ao IBGE(1990), demonstram que 3 milhões de crianças de 10 a 14 anos trabalham, percentual que sofre considerável elevação para 7,5 milhões com a inclusão de menores de 14 a 17 anos, o que equivale a 11,6% da população ativa do país.* In.: ARRUDA, Kátia Magalhães. **O trabalho de crianças no Brasil e o direito fundamental à infância.** p. 96.

²²⁷ ALBERNAZ JUNIOR e FERREIRA, destacam que embora a Constituição Federal de 1988 estabeleça a idade mínima de 14 anos para o início do trabalho infantil (art. 7º, inciso XXXIII), somente com a autorização dos pais e responsáveis, muitas crianças, em nosso país, trabalham por necessidade financeira no corte da cana-de-açúcar, na colheita de laranja, nas plantações de sisal, e outros. Não têm qualquer condição de segurança e saúde, prejudicando os estudos, com salário aviltante, para ajudar na renda familiar. In.: ALBERNAZ JUNIOR, Victor Hugo, FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. Op. cit., 546.

crianças e adolescentes, principalmente, em nosso país; n) as crianças portadoras de deficiências terão direito a tratamento, educação e cuidados especiais; o) a proteção contra a exploração e o abuso sexual. A Convenção no artigo 34 prevê que é compromisso dos Estados-partes, proteger a criança contra todas as formas de exploração ou abuso sexual, adotando medidas protetivas tanto na esfera nacional, bilateral e multilateral nesse sentido; p) não serão impostas nem a pena capital, nem a de prisão perpétua, para delitos cometidos por infratores com menos de dezoito anos de idade; q) as crianças em detenção devem ser separadas dos adultos e não serão submetidas a torturas ou outros tratamentos e penas cruéis, desumanos ou degradantes; r) nenhuma criança com menos de quinze anos de idade participará de ações militares; as crianças afetadas por conflito armado receberão proteção especial; s) as crianças que pertençam a populações minoritárias ou indígenas terão direito a sua própria vida cultural, à prática de sua religião e ao uso livre de sua língua; t) as crianças envolvidas em delitos penais têm direito a tratamento que contribua para o desenvolvimento de seu sentido de dignidade e valor pessoal e vise a capacitá-las para a reintegração social.

Como nas Convenções anteriormente abordadas, esta também possui seu órgão de controle responsável pelo monitoramento de sua implementação, que é o Comitê sobre os Direitos da Criança. Esse Comitê é formado por dez membros, de idoneidade moral reconhecida, com conhecimento na área, escolhidos através do voto direto, entre os nomes de uma lista formada com a indicação de um cidadão de cada Estado-parte, com mandato de quatro anos²²⁸. A responsabilidade desse Comitê é supervisionar o cumprimento das disposições previstas na Convenção pelos Estados-partes, bem como analisar os relatórios encaminhados por estes.

²²⁸ ALVES, acrescenta o seguinte dado histórico sobre a Convenção: *Proposta em 1979, por ocasião das celebrações do Ano Internacional da Criança, a elaboração da Convenção sobre os Direitos da Criança prolongou-se por dez anos. Para essa delonga influíram as diferentes tradições e concepções religiosas, culturais e sócio-econômicas existentes entre os países, a propósito da infância, sua delimitação etária, a questão da adoção e o papel da criança na família e na sociedade. Prevaleceu, no final, a concepção da proteção integral à infância – que orientou, também, nosso Estatuto da Criança e do Adolescente.* In.: ALVES, José Augusto Lindgren. Op. cit., p. 60.

Os Estados-partes devem apresentar ao Comitê para os Direitos da Criança, por meio do Secretário Geral das Nações Unidas, relatórios sobre as medidas que tenham feito para a efetivação dos direitos reconhecidos na Convenção. O primeiro relatório deve ser protocolado após dois anos, contados a partir da data em que a Convenção entrar em vigor em cada Estado-parte. Depois, o prazo passa a ser de cinco anos. No entanto, o Comitê poderá solicitar informações complementares. Tais relatórios são públicos, ou seja, qualquer pessoa terá acesso a eles²²⁹.

A Convenção estabelece que qualquer Estado-membro poderá apresentar emendas a sua alteração. À análise e votação de emendas, é necessário a convocação de uma Conferência. Para que ela aconteça, terá que haver aprovação de um terço dos países integrantes e para sua aprovação é necessário aceitação da maioria qualificada de dois terço dos Estados-partes.

A preocupação com a proteção dos direitos da criança e do adolescente tem sido constante no âmbito da comunidade internacional, porque a violação desses direitos fundamentais ocorrem diariamente no mundo todo, e de modo gritante nos países subdesenvolvidos²³⁰.

As preocupações e as medidas que visam à proteção dos direitos da criança e do adolescente são extremamente válidas. Como exemplo pode ser enumerada a realização da

²²⁹ Quanto às atribuições do Comitê, ALBERNAZ JUNIOR e FERREIRA, acrescentam que *para incentivar, viabilizar e acompanhar a implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança, estimulando a cooperação internacional, o Comitê poderá, a seu critério, ou a pedido devidamente justificado do Estado-membro, convidar organismos internacionais especializados, o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e outros órgãos das Nações Unidas para assessoramento do país interessado, fornecendo cópias de relatórios e solicitando novos relatórios destes organismos, os quais poderão, igualmente, por iniciativa própria, e dentro de suas atribuições, fazerem-se representados nos respectivos Estados-membros, na ocasião da análise da implementação das disposições da Convenção (art. 45)*. In.: ALBERNAZ JUNIOR, Victor Hugo, FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. Op. cit., p. 461.

²³⁰ Sobre a violação dos direitos da criança e do adolescente ALMEIDA, acrescenta os seguintes dados: *Em países da América Latina, crianças são raptadas e introduzidas nos círculos da prostituição e da produção e difusão de material pornográfico. Órgãos de crianças pobres são extirpados e vendidos a clínicas de transplantes do Primeiro Mundo. Crianças e adolescentes são submetidos a trabalhos em regime de escravidão. Adoções internacionais de crianças se fazem de forma indiscriminada, constituindo-se num comércio altamente lucrativo. É de acrescentar a tudo isso os milhares de meninos de rua freqüente e impunemente vitimados pela violência de traficantes, justiceiros e policiais*. In.: ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Op. cit., p. 118.

sessão do Tribunal Permanente dos Povos, de 27 de março a 4 de abril do ano de 1995, nas cidades de Trento, Macerata e Nápoles, na Itália. Esse tribunal julga simbolicamente os crimes praticados contra a humanidade. Naquela oportunidade, realizou o julgamento da violação dos direitos fundamentais da infância e dos menores ao redor do mundo. Na sua decisão, proferiu várias recomendações com o objetivo de eliminar as situações de violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente²³¹.

Depreende-se que a Convenção dos Direitos da Criança constitui um marco histórico à humanidade. Assim, como é para o sistema jurídico brasileiro, a previsão dos direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira e o Estatuto da Criança e do Adolescente²³². Devido aos avanços nas áreas da medicina, ciência jurídica, pedagógica e

²³¹ É importante descrever o resumo da sentença proferida pelo Tribunal Permanente dos Povos, referido por ALMEIDA: a) *Confirma as condenações já pronunciadas em Berlim, em 1988, e em Madrid, em 1994, sobre as práticas do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial, especialmente em relação às suas dramáticas consequências sobre as condições de vida das crianças dos países submetidos a programas de ajustes estruturais que beneficiam exclusivamente os credores do país.* b) *Estende idêntica condenação aos governos dos sete países mais industrializados (G-7), que, no âmbito das instituições financeiras internacionais, têm majoritariamente o poder de decisão.* c) *Condena, também, os governos dos países que, pela pressão que lhes é imposta em virtude da sua dívida externa, sujeitaram-se às exigências das instituições financeiras internacionais, implementando políticas de ajuste estrutural que violam irremediavelmente os direitos fundamentais de suas populações.* d) *Condena os governos que concedem impunidade de fato aos autores de violência contra os menores.* e) *Condena os governos de países que, por omissão deliberada, faltaram ao dever de procurar os autores de infrações graves cometidas contra menores no território de sua competência, especialmente nos casos de adoção, de trabalho, de prostituição, de pedo-pornografia, de narcotráfico, de tráfico de órgãos, assim como aqueles que recrutaram menores para operações armadas.* f) *Denuncia que a maioria dos países que à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Infância – inclusive os cinco membros permanentes do Conselho de Segurança – encaminharam apenas parcialmente as medidas necessárias à implantação da referida convenção.* In.: ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Idem, p. 118. Ainda o autor ressalva que não basta condenar, mas criar e implementar medidas de pressão políticas dos organismos internacionais sobre os governos para que efetivamente seja cumprida a Convenção Internacional sobre os Direitos da Infância.

²³² MARCÍLIO cita encontros extremamente relevantes para a promoção dos direitos da criança, ocorridos após a Convenção, o que sem dúvida reflete a importância da temática na atualidade: *A Declaração dos Direitos da Criança e a Convenção das Nações Unidas sobre esses Direitos tiveram forte impacto internacional e junto aos governos nacionais. Depois delas foram convocadas outras reuniões internacionais para cuidar de graves problemas contemporâneos que afetam a vida e o desenvolvimento de milhões de crianças no mundo todo, como o Congresso Mundial contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças (Estocolmo, 1996), a Conferência de Cúpula sobre o Trabalho Infantil (Oslo, 1997), o Encontro de Cúpula Asiático sobre os Direitos da Criança e os Meios de Comunicação (Manila, 1996).* In.: MARCÍLIO, Maria Luíza. Op. cit., p. 4. Sobre a política dos direitos da criança e do adolescente no Brasil VERONESE, afirma que: *Com a abertura política do País e, sobretudo, com a instauração de uma nova ordem institucional, há que se ter, paulatinamente, alterado esse quadro de grandes diferenciações e distorções sociais existentes no Brasil. Exemplo dessa mudança é o conjunto de direitos descritos basicamente no art. 227 da Constituição Federal de 1988, que, na realidade, constituem direitos fundamentais de extrema importância, não somente pelo conteúdo, como pela sua titularidade (esse dispositivo constitui-se em uma síntese da Convenção Internacional dos Direitos da Criança), direitos que devem, obrigatoriamente, ser garantidos pelo Estado e que, em 1990, foram consubstanciados na Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual tem a difícil, porém relevante, função de fazer com o texto constitucional não seja letra morta; e, para tanto não basta a existência de leis que assegurem os direitos sociais, mas que a estas seja conjugada uma política social eficaz. Além dessa proposta de viabilizar as garantias constitucionais, a citada lei traduz, de igual forma, um sentido inovador, ao possibilitar o ingresso em juízo para a postulação de interesses individuais, difusos e coletivos afetos às crianças e aos adolescentes.* In.: VERONESE, Josiane Rose Petry. *A tutela jurisdicional dos interesses individuais, difusos e coletivos da criança e do adolescente.* p. 154.

psicológica, mais acentuados no século XX, se descobriu a especificidade da criança e a necessidade de elaborar seus direitos, considerados como especiais.

Em resumo, há que se ter presente, no caso brasileiro, que a violação dos direitos humanos, em muitas ocasiões, foi perpetrada pelos órgãos oficiais brasileiros²³³. Exemplo disso ocorreu por vários anos, quando o Ministério das Relações Exteriores do Brasil impediu a adesão e ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, denominada também de Pacto de São José da Costa Rica. Outros tratados internacionais como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, só foram ratificados pelo Brasil várias anos após a sua celebração. A Convenção Americana sobre Direitos é exemplo desse descaso, pois o Governo brasileiro somente aderiu a essa Convenção em 1995, remetendo seu texto para aprovação do Congresso Nacional, quase vinte anos após a sua entrada em vigor no âmbito internacional²³⁴.

Do exposto, constata-se, que embora existam as mais variadas espécies possíveis de direitos humanos, sobre as quais foram abordados alguns pontos peculiares como: direitos econômicos, civis, políticos, culturais, estes direitos estão sempre em constante mutação, preenchendo as reivindicações dos movimentos sociais e políticos, na tutela dos

²³³ A Ordem dos Advogados do Brasil solicitou esclarecimentos ao Itamarati sobre a demora da ratificação desse tratado. Na época, o Chefe do Departamento de Organismos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores, também membro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, Sr. Marcos Castrioto de Azambuja, emitiu parecer justificando com os seguintes argumentos: *Desde 1969, época da negociação do Pacto de São José, o Governo brasileiro vem considerando inconveniente sua adesão ao instrumento, entre outros motivos por considerar nociva a proliferação de Convênios dessa natureza, mas, ao contrário, podem estimular conflitos de competência e de prioridades suscetíveis de conduzir ao desvirtuamento de seus objetivos principais. A matéria, entende o Governo brasileiro, deve ter tratamento não-polêmico e universalmente aceito, como foi o caso, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU) e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres Humanos (OEA), adotadas em 1948, com o apoio brasileiro. Outrossim, o Brasil votou a favor da Resolução da OEA que, em 1959, criou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cuja principal função é a promoção do respeito e da defesa dos direitos do indivíduo no continente americano. (...) Importa ressaltar, a propósito, que o Pacto de São José criou uma 'Corte Interamericana de Direitos Humanos', com atribuição de caráter supranacional, fato que contraria a posição tradicional do Governo brasileiro na matéria; entre outras razões pelo risco de submissão incontrolável a terceiros de assuntos sensíveis no campo da soberania nacional.* In.: ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Idem, p. 141-142.

²³⁴ Acerca do descaso do tratamento dos direitos humanos pelo Itamarati, ALMEIDA, acrescenta o dado que *a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos foi assinada em 22 de novembro de 1969, e entrou em vigor em 18 de junho de 1978, ocasião em que atingiu o número de onze países que depositaram os instrumentos de ratificação e ou de adesão, condição para que tivesse validade. O Governo brasileiro somente no ano de 1995 aderiu a ela e remeteu seu texto para aprovação pelo Congresso Nacional.* In.: ALMEIDA, Fernando Barcellos de. Op. cit., p. 140.

seus direitos. Portanto, suas regras devem ser abertas e constantemente ampliadas para proteger os direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os tratados de direitos humanos se inspiram em valores superiores, consubstanciados na proteção do ser humano. São dotados de mecanismos próprios de supervisão, apresentam caráter especial, diferenciando-se dos demais tratados internacionais clássicos. Estes regulam apenas interesses recíprocos entre os Estados-partes e são aplicados com todas as consequências jurídicas, nos planos jurídicos internacional e interno. Denota-se, quando a temática é direitos humanos, que o Direito Internacional Público e o Direito interno estão em constante interação no atual contexto dessa proteção, com a meta comum de salvaguarda dos direitos humanos.

Com pertinência ao Brasil, constata-se que a Carta Magna de 1988 ampliou significativamente a esfera dos direitos e garantias fundamentais, já que entre as bases que alicerçam o Estado de Direito democrático brasileiro, a cidadania e a dignidade da pessoa humana são princípios fundamentais a serem respeitados. No tocante às relações entre os ordenamentos jurídicos internacional e interno de proteção dos direitos humanos, o ponto convergente é o de *status* constitucional, no direito interno, da normativa de proteção. A Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Inova, neste aspecto, ao incluir entre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Os direitos, garantidos nos tratados de direitos humanos, integram o rol dos direitos constitucionalmente consagrados.

Sabe-se que diversas Constituições contemporâneas no plano do direito interno, concedem tratamento diferenciado aos tratados de direitos humanos. No Brasil, a especificidade e a natureza especial dos tratados de direitos humanos são reconhecidos pela Constituição brasileira vigente.

Defende-se, nessa dissertação, que para os tratados internacionais clássicos, permanece a exigência da intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei, para que as suas disposições entrem em vigor no plano do ordenamento jurídico interno. No entanto, quando os tratados versarem sobre direitos humanos em que o Brasil seja parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, de acordo com o artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição brasileira de 1988, a fazer parte dos direitos constitucionalmente consagrados e de direta e imediata aplicação no ordenamento jurídico interno brasileiro.

Apesar dessa inovação, sabe-se que o artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal do Brasil, não vem sendo aplicado pelo Poder Judiciário. Infelizmente, o nosso sistema jurídico interno, ainda, adota a tese clássica de paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional. Ou seja, de maneira obsoleta incorpora ao sistema jurídico interno, os tratados de direitos humanos, de acordo com a teoria dualista. Tal prática, sem dúvida, é um retrocesso, uma vez que os próprios tratados de direitos humanos indicam meios de compatibilização dos dispositivos convencionais e dos de direito interno, no sentido de prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e interna, no domínio de proteção.

Além disso, tomou-se conhecimento que os três principais elementos que dão sustentação a toda arquitetura internacional de normas e mecanismos de proteção aos direitos humanos são a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ponto fundamental desse sistema é a Declaração Universal dos Direitos Humanos,

por ter sido o primeiro documento a estabelecer internacionalmente os direitos inerentes a todos os homens e mulheres, independentemente das situações particulares de cada um, os quais devem ser respeitados em todo mundo. Também proclama a idéia contemporânea de direitos humanos, marcados pela universalidade e indivisibilidade desses direitos.

Ao consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados Nacionais, a Declaração de 1948 consolida um parâmetro internacional de proteção desses direitos. Em razão disso, os tratados internacionais de direitos humanos modificam sensivelmente o universo dos direitos nacionais consagrados. Estes estão fundamentados na concepção de que todo Estado tem o dever de respeitar os direitos humanos dos seus cidadãos, e que a comunidade internacional tem a prerrogativa e a responsabilidade de se insurgir, se um Estado não cumprir com suas obrigações.

Os dois Pactos referidos complementam a Declaração de 1948, conferindo aos direitos nela estabelecidos força jurídica obrigatória, que os respectivos Estados-partes ao firmarem tais instrumentos, se comprometem, de forma voluntária e solene, a implementar.

Portanto, o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos devem ser o pilar das Constituições democráticas modernas, uma vez que estão intimamente ligados aos princípios da democracia e da paz. A paz é pressuposto básico para efetivação da proteção internacional dos direitos humanos, bem como no sistema interno de cada Estado. Somente num Estado democrático os direitos humanos são reconhecidos e protegidos.

Assim, o tema dos direitos humanos diz respeito ao cotidiano dos povos de todos os Continentes. Embora, reconheça-se que esses direitos são constantemente violados, também há a incessante luta das entidades organizadas da sociedade civil para que a proteção desses direitos seja cumprida. A incorporação no sistema jurídico interno brasileiro dos tratados internacionais de direitos humanos de forma célere, e a aplicação desses instrumentos

pelo Poder Judiciário brasileiro, contribuem para a efetivação concreta desses direitos e não só ao discurso de sua elaboração teórica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALBERNAZ JUNIOR, Victor Hugo, FERREIRA, Paulo Roberto Vaz. Convenção sobre os direitos da criança. In.: *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, Série Estudos, n. 11, 1998.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira de, ROSA, Maria Virgínia de Figueiredo Pereira do Couto. *Apostamentos de metodologia para a ciência e técnicas de redação científica*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

_____. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

ÂNGELO, Milton. *Direitos humanos*. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARRUDA, Kátia Magalhães. O trabalho de crianças no Brasil e o direito fundamental à infância. In: PEREIRA, Ana Cláudia Távora, GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Coords.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023: Informação e documentação – Referências – Elaboração*. Rio de Janeiro, 2000.

BARRAL, Welber. Globalização, neoliberalismo e o direito do trabalho no Mercosul. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de, RAMOS, Alexandre Luiz. (Coords). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: IBEJ, 1998.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 2. Ed. Ijuí: UNIJUÍ, 1998.

BICUDO, Hélio. *Os direitos econômicos, sociais e culturais*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deshelio.html>>. Acesso em: 23/nov/2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil : promulgada em 5 de outubro de 1988*. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. (Série Legislação Brasileira)

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Comunicação Social. Programa Nacional de Direitos Humanos. Brasília: Presidência da República, 1996.

BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Calouste, 1997.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: Anais do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, 20-22 out.1997, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, p. 3-48

_____. O legado da declaração universal e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do, PERRONE-MOISÉS, Cláudia. (Orgs.). *O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

_____. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Editora UnB, 1981.

_____. *Tratado de direito internacional de direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, v. 1, 1997.

_____. _____. Porto Alegre: Fabris, v. 2, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antoni. *Dignidad frente a barbarie. La declaración universal de derechos humanos, cincuenta años después*. Madrid: Editorial Minima Trotta, 1999.

CARVALHO, Júlio Marino de. *Os direitos humanos no tempo e no espaço*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

CASSELLA, Paulo Borba (coord). *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o período de transição*. São Paulo: LTr, 1996.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *O judiciário e os tratados internacionais sobre direitos humanos*. Seminário no TRF. Disponível em: <<http://infojur.ccj.ufsc.br>>. Acesso em 23/nov./2000.

CIRENZA, Cristina de Freitas, NUNES, Clayton Alfredo. Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes e Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura. In: *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, Série Estudos, n. 11, 1998

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONVENÇÃO Contra a Tortura e Outros Tratamentos e Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Legislação Compilada sobre Direitos Humanos. São Paulo: LTr, 1999.

CONVENÇÃO de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969 e de 1980.

CONVENÇÃO sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. *Legislação Compilada sobre Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1999.

CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança. *Legislação Compilada sobre Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2. Arts. 5º, LXVIII a LXXVI, 6º a 17. 1994.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O que são direitos da pessoa*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos de 1948. *Legislação Compilada sobre Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Harmonização, no âmbito do Mercosul, das garantias constitucionais e processuais dos direitos fundamentais e o acesso à justiça. *Revista dos Tribunais*, Brasília, a. 1988, v. 759, jan. 1999, p. 76-85.

FARIA, Helena Omena Lopes de, MELO, Mônica de. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e convenção para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. In: *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, Série Estudos, n. 11, 1998.

FARIA, José Eduardo. (Org). *O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira*. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. arts. 1º a 21. São Paulo: Saraiva, 1989.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. A questão da obrigatoriedade dos tratados e convenções no Brasil: particular enfoque da convenção americana sobre direitos humanos. *Revista dos Tribunais*, n. 710, p. 21-31, dez. 1994.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: PEREIRA, Ana Cláudia Távora, GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HEEMANN, Ademar, VIEIRA, Leociléa Aparecida. *A roupagem do texto científico: estrutura, citações e fontes bibliográficas*. Curitiba: IBPEX, 1998.

HERKEHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Fabris, 1991.

LEAL, João José. A convenção da ONU sobre a tortura. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 671, p. 61-63, set. 1991.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LEITE, Antonio José Maffezoli, MAXIMIANO, Vitore André Zilio. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. In: *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, Série Estudos, n. 11, 1998.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Tratados internacionais no Brasil e integração*. São Paulo: LTr, 1998.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A indivisibilidade dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://infojur.ccj.ufsc.br>>. Acesso em: 06/jun./2000.;

MARCÍLIO, Maria Luíza. *A lenta construção dos direitos da criança brasileira – Século XX*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/bibliografia/mluiza.html>>. Acesso em: 23/nov./2000.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Algumas notas sobre os direitos humanos econômicos e sociais. In: *Anais do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós- Graduação em Direito*, Rio de Janeiro, 20-22/out./1997; Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 1997, p. 51-60.

_____. *Curso de direito internacional público*. 12. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MERCADANTE, Araminta de Azevedo. A processualística dos atos internacionais: constituição de 1988 e Mercosul. In: CASSELA, Paulo Borba (Coord). *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o período de transição*. São Paulo: LTr, 1996.

MEZZAROBBA, Orides. *Uma ótica ampliada sobre a questão da interação entre o direito internacional público e o direito interno no sistema de proteção dos direitos humanos*. 1998. Mimeografado.

MIRANDA, Jorge. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Pedro Ferreira, v. 1, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NERCOLINI, Gian Marco. *Tratados internacionais e direito brasileiro: sistema de convalidação*. Florianópolis, Dissertação, (Mestrado), Curso de Pós- Graduação em Direito. UFSC. Florianópolis, 1999.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Odete Maria de (Coord). Relações internacionais: breves apontamentos e contextualização. In: *Relações internacionais & globalização: grandes desafios*. 2. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 1999.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. *Monografia jurídica: orientações metodológicas para o trabalho de conclusão de curso*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PACTO Internacional de Direitos Civis e Políticos. *Legislação Compilada sobre Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1999.

PACTO Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Legislação Compilada sobre Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROBERT, Cinthia, SÉGUIN, Elida. *Direitos humanos, acesso à justiça: um olhar da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 33, n. 130, p. 77-97, abr./jun, 1996.

RODAS, João Grandino. *A publicidade dos tratados internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Contratos internacionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SANTOS, Yasmin Ximenes dos. Os direitos femininos e a lei. In: PEREIRA, Ana Cláudia Távora, GUERRA FILHO, Willis Santiago. (coord.) *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Direitos humanos, urgente!* São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: afinal do que se trata?* Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/bibliografia/vera.html>>. Acesso em: 23/nov./2000.

TUGENDHAT, E. *Justicia y derechos humanos*. Barcelona: Publicacions de La Universitat de Barcelona, 1992.

VERONESE, Josiane Rose Petry, SILVA, Moacyr Motta da. *A tutela jurisdicional dos interesses individuais, difusos e coletivos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1998.

WEIS, Carlos. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: *Direitos Humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, Série Estudos, n. 11, 1998

WINCKLER, Silvana. A proteção dos direitos humanos e a situação jurídica dos imigrantes no cenário internacional. In: *I Congresso de Direito e Relações Internacionais*. Chapecó, abril de 2000. Mimeografado.

_____. *Política y espacio público: una lectura de la experiencia del presupuesto participativo en Brasil a partir del pensamiento de Hannah Arendt*. 1999. Mimeografado.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.